

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA FEMME
ET LES
CONTRATS QU'ELLE PASSE
POUR
LES BESOINS DU MÉNAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 15 Décembre 1908, à 3 heures.

PAR

Pierre DAVEAUX

Président : M. PIEDELIÈVRE.

Suffragants : { MM CHAVEGRIN, } professeurs.
 { MASSIGLI, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA FEMME
ET LES
CONTRATS QU'ELLE PASSE
POUR
LES BESOINS DU MÉNAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mardi 15 Décembre 1908, à 3 heures.

PAR

Pierre DAVEAUX

Président : M. PIEDELIÈVRE.

Suffragants : } MM. CHAVEGRIN, } *professeurs.*
 } MASSIGLI, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908





Digitized by the Internet Archive
in 2026

PRÉFACE

Épouse aujourd'hui, mère demain, la femme ne doit pas vivre aux côtés du mari comme une demi-étrangère à l'association dont elle fait naturellement partie. Par ses qualités d'esprit et de cœur, elle mérite mieux que d'être considérée par la loi dans certains cas comme la première servante du maître. Dans le mariage, la femme est une associée au même titre que l'homme. Pour elle, de son nouvel état naissent des charges et des devoirs que, jeune fille, elle ignorait. Pour lui permettre d'y faire face il nous semble utile de lui reconnaître certains droits que la loi française lui dénie. D'après notre Code, au contraire, la femme perd sa capacité juridique au seuil du mariage, et, sous le régime de « communauté » qui est notre régime matrimonial type, le mari l'écrase de son omnipotence.

Avant la Révolution, la défense d'un pareil état de choses était encore possible. La société tout entière de l'époque reposait sur le principe d'autorité, et la « société » des époux n'est-elle pas la société en miniature ? Mais la for-

mation du corps social des xix^{e} et xx^{e} siècles n'est plus celle des siècles antérieurs à 1789. Le principe d'égalité a renversé politiquement et socialement le principe d'autorité. La situation subordonnée de l'épouse dans le mariage n'est plus en harmonie avec le *leit-motiv* révolutionnaire, qui est allé *crescendo* jusqu'à nos jours d'émancipation et de nivellement général. « La société moderne, écrit M. Laurent, ne procède plus de la Bible. Elle procède de la Révolution et de tous les principes de 1789, c'est l'égalité qui a jeté les racines les plus profondes dans les âmes..... Maintenir l'inégalité dans la société conjugale, ce serait régir la société des époux qui se marient au xix^{e} siècle (et ceci est encore plus vrai pour le xx^{e} siècle) par une loi qui est l'expression sociale du moyen âge » (1). Autant nous ne voyons dans l'égalité politique des deux sexes qu'un paradoxe qui mérite de rester éternellement paradoxal (2), autant nous croyons que la vocation véritable de la femme n'est pas, sous prétexte d'intellectualisme, d'entreprendre une lutte inintelligente contre les prérogatives de l'homme, autant nous considérons comme essentiellement morale et juste une certaine égalité (3) de l'épouse dans le cercle de sa vie privée.

La femme, malgré l'autorité de Bossuet, n'est pas après tout qu'« un os surnuméraire où il n'y a de beauté que

(1) Avant-projet du C. civ., titre IV, art. 1452, par. 45, n° 8.

(2) *De l'assujétissement des femmes*, par Stuart Mill.

(3) Letourneau, *La condition des femmes dans les diverses civilisations*, p. 506.

celle que Dieu a voulu y mettre » (1), et, au point de vue particulier qui nous occupe, personne n'est assez conservateur aujourd'hui pour défendre dans son intégrité « la vieille maison » (2) ingrate et inhospitalière où un seul être discute, délibère et a tous les droits. Mais, loin de vouloir détruire, comme le désirerait M. Viviani et de faire terrain net, d'un coup de loi, de l'édifice actuel, nous croyons que la « vieille maison » n'est pas aussi inhabitable qu'on veut bien le dire. Nous pensons, avec M. Saleilles (3), qu'on servirait mieux les intérêts de l'épouse en y apportant progressivement les améliorations urgentes. Les murs sont solides et protègent la femme ; mais dans cette solidité précieuse et sous cette protection utile, l'épouse étouffe ; il faut lui donner de l'air ; il faut percer des fenêtres.

Depuis 1804, quelques fenêtres ont été percées ; mais c'est surtout dans ces vingt dernières années que les mœurs ont entraîné le Droit. Nous trouvons en matière d'épargne les lois des 9 avril 1881 et 20 juillet 1895 (4). Les 20 juillet 1886 et 1^{er} avril 1898 paraissent les lois sur la Caisse des retraites pour la vieillesse et sur les Sociétés

(1) Bossuet. *Elévation sur les Mystères*.

(2) Viviani. *Grande Revue*, 1^{er} février 1901.

(3) Saleilles. Préface de *la femme mariée allemande*, par M. Lyon-Caen, p. 5.

(4) Mais il faut bien remarquer que dans l'application de ces lois dans la jurisprudence (Cf. Cour d'Appel, Paris, 20 déc. 1905) on a bien soin d'appuyer sur cette idée « que la femme est présumée agir en vertu d'un *mandat* soit exprès, soit tacite de son mari. »

de secours mutuel. En juin 1896, la femme, séparée ou divorcée qui a obtenu la garde de ses enfants reçoit le droit d'autoriser leur mariage. En février 1906, une modification capitale est apportée à l'article 386 du Code civil. C'est une loi toute d'égalité. La femme ne perd plus en se remariant la jouissance légale des biens de ses enfants mineurs. Enfin, tout récemment, le 13 juillet 1907, paraît la loi « *relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du mariage*. » Ainsi que son titre l'indique en partie, cette œuvre législative intéresse de près notre sujet. L'article 2 de cette loi parle en effet de « pouvoir conféré à la femme dans l'intérêt du ménage ».

Il ne faudrait cependant pas en exagérer la portée. Il ne faut pas oublier que c'est tout d'abord une loi *relative au libre salaire de la femme mariée*. Notre législateur s'est en somme borné à soustraire de la masse des biens matrimoniaux certains biens (produit du travail personnel de la femme et les économies en provenant) pour conférer sur eux à l'épouse certains droits d'administration. On a, si l'on veut, accompli une petite séparation de biens légale (1), peut-être dans l'espoir d'éviter une séparation judiciaire. « La femme, porte l'article 1^{er}, a..... les mêmes droits d'administration que l'arti-

(1) Cf. cependant l'article de M. Saleilles dans le *Bulletin de la société d'Etudes législatives* de décembre 1908, (question n° 4, 2^e partie).

cle 1449 du Code civil donne à la femme *séparée de biens* et c'est une séparation légale, d'ordre public : « Sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage (art. 1^{er}). »

Il n'en est pas moins vrai que comme l'indique l'article II, c'est dans « l'intérêt du ménage » que l'on a agi, et non dans l'intérêt de la « ménagère ». Cette loi nouvelle ne reconnaît nullement à l'épouse française, comme cela existe dans l'Avant-Projet suisse de 1900, un pouvoir direct de représentation de l'union conjugale pour tout ce qui concerne l'union conjugale. La meilleure preuve en est l'article III, qui, après avoir disposé que « les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers », ajoute : « ils pourront l'être aussi par les créanciers du mari qui ont *contracté avec lui dans l'intérêt du ménage*. On peut dire même que loin de posséder comme l'épouse allemande un *mandat légal* du mari dans son cercle d'action domestique, l'épouse française est toujours considérée par la majorité des auteurs et des arrêts de jurisprudence comme mandataire *tacite et conventionnelle* du chef de l'association conjugale.

Le Code civil français date de 1804. C'est une résultante de la Révolution et tout le monde sait que cette révolution ne fut pas précisément féministe. J.-J. Rousseau est là pour nous apporter son témoignage.

Il faut bien le dire : le Code n'a pas méconnu la femme dans le mariage : il l'a mal connue. Ce sera l'œuvre — la bonne œuvre — de notre époque d'avoir voulu refaire cette connaissance.

TITRE PRÉLIMINAIRE

EXAMEN DES DIFFÉRENTES THÉORIES

Il y a un fait indiscutable et indiscuté : sous tous les régimes matrimoniaux et dans toutes les classes de la société, le devoir d'organiser l'intérieur de la maison incombe naturellement à l'épouse. « On a beau dire, écrit M. Chéron, que le mari gère seul le patrimoine, que la femme est simple spectatrice ; nos mœurs ne s'accoutument pas de ce système qui, appliqué à la lettre, ferait de la femme, non une compagne pour la vie, mais cet objet de luxe et de plaisir, que les Orientaux cachent dans leur sérail (1) »

D'ailleurs, le mari, occupé hors du foyer, à ses affaires personnelles et aux intérêts supérieurs de la communauté n'a ni le temps, ni la compétence d'entrer dans le détail du fonctionnement interne de la maison. Il ne peut vraisemblablement qu'y présider. « Il est

(1) Chéron. Thèse Paris, 1901, p. 102.

même de l'intérêt du mari que cela soit ainsi, écrivait déjà Bouhier au XVIII^e siècle. Autrement si les marchands ne trouvaient aucune sécurité dans les fournitures qu'ils livreraient aux femmes à crédit, ils ne voudraient traiter qu'avec les maris, qui se verraient forcés d'entrer dans le détail ennuyeux du ménage et de quitter pour cela des affaires plus importantes (1). » A l'avantage du mari se lie l'avantage du ménage (2). Dans toute association bien comprise, chacun des associés doit contribuer dans sa sphère à l'avantage commun. La sécurité de l'organisation familiale appelle l'activité indépendante de la femme pour les contrats de la vie domestique et en fait pour la société conjugale une condition d'existence et de prospérité. L'homme, du reste, en quittant le célibat et ses privilèges, a l'intention de se donner une compagne de pensée et de vie, capable d'organiser son existence.

Voilà la situation de fait, comment la soutenir en droit ?

On ne trouve pas dans nos lois comme dans les récentes codifications allemande (3), suisse (4), et hon-

(1) Bouhier. *Observation sur la Cout. du duché de Bourgogne*, chap. XIX, p. 350, no 95.

(2) D. P., 1905. 2. 249.

(3) Par. 1356 et par. 1357 du Code allemand de 1896.

(4) Art. 184, 3^e alinéa ; art. 186 et suiv. ; art. 228, 3^e alinéa ; 232, 1^{er} alinéa ; 235, 246, 3^e alinéa ; 250 et 273, 1^{er} alinéa, de l'Avant-projet suisse de 1900.

groise (1), de réponse précise à cette interrogation. Il y a bien pour certains l'article 1420 du Code civil. On s'est appuyé sur les dispositions de cet article pour prétendre qu'il consacrait directement un mandat tacitement conféré par le mari à la femme pour les contrats intéressant la vie domestique. On a fait appel à ce résultat que : « toute dette, contractée par la femme, en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari, est à la charge de la communauté, et que les créanciers ne peuvent en poursuivre le paiement ni contre la femme ni sur ses biens personnels. »

« L'article 1420, écrivent Rodière et Pont, dont la disposition serait tout à fait inutile si elle avait pour but de reproduire un principe certain en matière de mandat, l'article 1420 a eu principalement en vue, selon nous, les dettes contractées par la femme, en vertu d'un mandat qui, par la force des choses, est tacite de la part du mari (2), » et M. de Loynes, dans une note du Dalloz 1891, s'exprime ainsi : « La femme agit alors (c'est-à-dire dans le cercle de la vie domestique) en vertu d'un mandat tacite, que suppose l'article 1420 (3). » Remarquez le mot — suppose —. M. de Loynes est déjà moins affirmatif.

(1) Par. 98 de l'Avant-projet hongrois de 1901.

(2) *Traité du Contrat de mariage*, t. II, édit. 1868, n° 792, Cf. dans le même sens : Marcadé, *Explicat. théorique et pratique* du Code Napoléon, 6^e édit., t. V, art. 1420, I. Baudry-Lacantinerie. *Du Contrat de Mariage*, 2^e édit., p. 1, n° 500.

(3) D. P., 1891. 2.257.

Cette opinion est-elle bien fondée? Nous invoquerons tout d'abord contre elle la place de l'article 1420, dans la série des articles du Code civil au paragraphe 2 du titre II du livre III, intitulé : « Du passif de la communauté et des actions qui en résultent contre la communauté. » L'article 1420 s'oppose à l'article 1419, d'après lequel les créanciers peuvent poursuivre le payement des dettes, contractées par la femme avec le consentement du mari, tant sur les biens de la communauté que sur les biens du mari et de la femme. Si l'article 1420 devait consacrer la thèse du mandat tacite, sa place serait au titre du mariage : or là, nous ne trouvons rien.

Nous ne remarquons rien de précis non plus dans les termes mêmes de l'article en discussion. Le vague le plus complet enveloppe ses expressions. « Toute dette... contractée par la femme qui en vertu de la procuration générale ou spéciale... » Nous sommes loin de l'article 1357 du Code allemand (1). La formule française est très générale et l'on sent cette généralité voulue ; qui dit : « procuration » dit aussi bien « mandat exprès » que « mandat tacite », et, en tout cas, qui dit « procuration » ne dit pas essentiellement « mandat domestique », et même l'expression de « procuration » éveille plutôt l'idée de « mandat exprès » que celle de « mandat tacite ». C'est

(1) Par. 1357 : « La femme a le droit, dans son cercle d'action domestique, de gérer les affaires du mari à sa place et de le représenter.... »

l'opinion de Laurent. « Nous avons jusqu'ici supposé un mandat exprès. C'est le cas que l'article 1420 paraît avoir en vue, puisqu'il parle de procuration générale ou spéciale, et le mot « procuration » se prend dans le sens de l'article 1992, qui suppose un mandat, donné par écrit ou verbalement, donc un mandat exprès » (1). Enfin, rien dans les travaux préparatoires du Code civil ne nous permet de dire que l'article 1420 consacre la théorie du mandat tacite. L'adoption de cet article n'a donné lieu à aucune observation de la part des jurisconsultes. Il serait surprenant que si cet article avait dû dans leur esprit consacrer directement une théorie aussi importante dans ses conséquences juridiques et sociales, on ne trouvât à ce sujet aucune trace de discussion ni même de remarque (2).

La vérité est que les législateurs de 1804 ont pensé que la pratique s'occuperait elle-même d'organiser le pouvoir domestique de l'épouse. Ils n'ont pas plus reconnu ce pouvoir sous la forme de « mandat » que sous toute autre forme (3) et le Code civil ne se contente pas d'être muet sur ce pouvoir ; lorsqu'il élève la voix, c'est pour parler indirectement contre lui. C'est en première ligne l'article 217. Il est interdit à la femme mariée non com-

(1) Laurent. *Principes de Droit civil*, t. XXII, n° 403. Cf. dans le même sens ; P. Binet, *La femme dans le ménage*. Planioi. *Traité Élément. de Droit civil*, t. III, n° 1099.

(2) P. Binet. *loc. cit.*

(3) D. P. 4905, 2. 249.

mune, ou séparée de biens, c'est-à-dire sous les régimes qui laissent le plus d'indépendance pécuniaire à l'épouse, de passer sans l'autorisation du mari, les principaux actes de la vie juridique. « La femme, dispose l'article 217, ne peut aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux. » Or, ce sont précisément ces actes-là, formellement interdits par la loi à la femme seule, qu'elle devra journellement accomplir dans l'exercice de ses fonctions ménagères : achats de vivres, contrats avec les domestiques, dons de vêtements usés, etc., etc. C'est ensuite le principe de la prépondérance économique du mari dans le ménage. Ce principe domine en quelque sorte les rapports des époux entre eux. Le Code, la jurisprudence et l'usage considèrent l'homme comme le chef absolu de l'association. Il est le gérant naturel et légal. Sous tous les régimes, la loi lui donne l'administration et la disposition de tout ou partie des biens, à la charge pour lui de supporter les dépenses du ménage et spécialement sous le régime de communauté, il jouit d'un pouvoir exorbitant du droit commun (1).

Il nous faut donc avoir recours à la doctrine et à la jurisprudence. La majorité des auteurs et des arrêts a essayé de concilier l'état de choses existant avec la lettre de la loi qui — nous venons de le remarquer — semble

(1) Cf. cependant : Loi du 13 juillet 1907, « relative au titre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage ». (D. P., 1907, 4^e partie).

contraire. Ce sont tout d'abord deux arrêts anciens. Ils reprennent en quelque sorte la théorie de Ferrière (1), que l'on trouve invoquée, d'après Denisart, devant le parlement de Paris, par les fournisseurs de la duchesse de Villeroy (2). La femme serait, dans la sphère de ses occupations domestiques, dispensée de l'autorisation du mari (3). L'article 220 du Code civil, applicable à la femme commerçante, serait ainsi étendu à la femme ménagère. Nous ne mentionnons ces décisions que pour mémoire, leur solution est aujourd'hui abandonnée. Ce ne sont que des « curiosités » juridiques.

Mais, en revanche, plusieurs arrêts continuent de regarder, pour les achats relatifs aux besoins du ménage, la femme comme tacitement autorisée par son mari : cela à la seule condition que les achats n'excèdent pas la situation sociale et la fortune des époux. Pour les achats excessifs, une autorisation expresse deviendra nécessaire (4). Parmi les auteurs modernes, MM. Planiol et Binet, seuls à notre connaissance et encore partiellement, admettent cette explication. M. Planiol, examinant la qualification juridique qu'il convient de donner au pouvoir domes-

(1) *Comment. de l'art. 234 de la Nouv. Cout. de Paris*, n° 5.

(2) Collection de décisions nouvelles, au mot « autorisation », par. 5.

(3) Répertoire Dalloz. Cf. *Contrat de mariage*, n° 1006, n. 1 ; et n° 1007, n. 2.

(4) D. P. 1873, 2. 59. Cf. dans le même sens : G. P. 1893. 1. 469 ; D. P. 1873, 1. 63 (Cour de Cassation) ; D. P. 1892. 1. 5 ; Cf. également : *Nouveau Code civ. annoté*, art. 247, nos 130 et suiv.

tique de l'épouse, conclut en ces termes : « La femme, en faisant ces différents actes, agit donc à la fois au nom du mari et du sien et le pouvoir qu'elle a reçu vaut à la fois mandat et autorisation (1). » Le même auteur s'exprime comme il suit, dans une note que l'on trouve au Dalloz 1892 : « L'article 217 du Code civil, en parlant d'un écrit et du concours du mari dans l'acte, se réfère évidemment aux actes juridiques pour lesquels la rédaction d'un écrit est nécessaire. Il est étranger aux conventions de moindre importance qui, d'après un usage constant, sont conclues verbalement, entre autres celles qui font partie de la vie intérieure ou domestique. On n'a pas besoin, pour en arriver là, d'élargir l'article 217. On passe à côté, cet article n'étant applicable qu'à une catégorie d'actes déterminés (2). » M. P. Binet admet la thèse de l'autorisation tacite, exceptionnellement, comme pis-aller, au cas où les époux vivent séparés (3).

Deux arrêts décisifs de la Cour suprême de juillet 1871 (4) et de janvier 1881 (5) ont condamné cette théorie. En effet, le texte de l'article 217 du Code civil ne dit pas en termes généraux que l'autorisation du mari peut être tacite. Par conséquent, on ne doit pas considérer comme

(1) *Traité Élément. du Code civil*, t. III, 2^e édit., 1903, n° 288.

(2) D. P. 1892. 1. 7. note.

(3) D. P. 1905. 2. 249 ; Cf. également D. P. 1905. 2. 352. Remarquez que M. Binet dans son ouvrage *La femme dans le ménage*, soutient une autre théorie que nous retrouverons dans notre 2^e partie.

(4) D. P. 1871. 1. 293.

(5) D. P. 1881. 1. 354.

autorisée une femme pour la seule raison qu'elle agit au vu et au su de son mari (1).

D'ailleurs, si l'on admettait la théorie inadmissible en droit de « l'autorisation tacite », la femme, dans la sphère domestique, s'obligerait elle-même, en même temps qu'elle obligerait son mari ; or, ce résultat déterminant l'engagement de la femme serait en contradiction absolue avec l'organisation économique actuelle du mariage.

Nous arrivons ainsi à la théorie admise par la presque unanimité de la doctrine et de la jurisprudence modernes (2). La femme est considérée comme mandataire tacite du mari pour tous les contrats relatifs aux besoins du ménage : ainsi l'organisation économique du mariage n'est pas rompue et son principe est respecté, puisque, selon les règles fondamentales du mandat, la femme oblige son mari, sans s'obliger elle-même.

C'est cette théorie, la même dans ses conséquences juridiques que celle de Rodière et Pont — mais différente

(1) Cf. Dans ce sens spécialement : Beaudant. *Etat et capacité des personnes*, 1^{er} n° 329. — Baudry-Lacantinerie. *Des Personnes*, t. II, n° 241.

(2) Pour la doctrine ; Guillouard. *Du Contrat de mariage*, p. II, n° 865 et suiv. ; Aubry et Rau. *Cours de droit civ. français*, t. V, 4^e édit., par. 509 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. *Du Contrat de mariage*, 2^e édit. t. I, n° 500 etc. etc. ; pour la jurisprudence contemporaine : G. P. 1896, 1. 322 ; G. P. 1896. 1. 247 ; D. P. 1896. 2. 132 ; D. P. 1898. 1. 18 (Cassation 7 juillet 1896) ; D. P. 1899. 2. 309 ; P. F. 1902. 2. 30 ; D. P. 1903. 1. 153 ; G. trib. 16 janv. 1908, etc., etc.

dans son fondement — que nous nous proposons d'examiner dans la première partie.

Mais certains auteurs sont allés plus loin. Écrivant comme MM. Laurent (1) et Basset (2), avant les récentes codifications allemande de 1896, suisse (avant-projet du Code civil de 1900, et hongroise (avant-projet du Code civil) de 1901, ou comme M. Binet (3), depuis elles, ils critiquent la théorie de ce « mandat tacite », qui veut organiser le pouvoir domestique de l'épouse, avec le Code, et ils se proposent d'y réussir, sans lui ou malgré lui.

Nous résumerons leurs différents projets dans la deuxième partie, tout en esquissant le nôtre à côté du Code.

(1) *Avant-Projet du Code civil*, déjà cité.

(2) *Le Rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'Association conjugale*, thèse pour doctorat.

(3) P. Binet, *loc. cit.*

PREMIÈRE PARTIE

MANDAT TACITE

CHAPITRE PREMIER

NATURE ET FONDEMENT

Devant l'antinomie apparente entre le droit et le fait, il a fallu que la doctrine, appuyée par la jurisprudence, organisât l'activité indépendante de l'épouse dans le domaine domestique, et s'ingéniât à découvrir le moyen juridique de concilier l'état de choses existant avec la lettre contraire du Code civil. Elle a joué un peu dans la circonstance le rôle du préteur romain, chargé de fléchir la barre de fer du « jus civile ». Elle a dû pour arriver à un but, s'aider de la théorie du « mandat tacite ».

Cette théorie est donc un moyen : mais c'est un moyen juridique. Grâce à lui, en effet, les principes du Code civil sont respectés. La femme mariée est une incapable,

mais cette incapacité s'arrête aux contrats passés en son propre nom. Elle n'en est plus atteinte, lorsqu'elle agit au nom d'autrui. La femme n'est plus alors qu'un instrument actif entre les mains passives du mari, capable de s'obliger. C'est, dit le rapporteur du tribunaat dans les travaux préparatoires, « comme un échafaudage, qui devient inutile après la construction de l'édifice ». Peu importe l'incapacité du mandataire, parce que c'est le mandant qui agit. « La capacité du mandataire, écrit M. Planiol, est indifférente pour l'exécution du mandat. On peut choisir un incapable quelconque, une femme mariée, non autorisée par exemple, si l'on a confiance en son honnêteté et en son intelligence. Cela tient à ce que le mandataire ne s'oblige pas par les actes qu'il accomplit au nom de son mandant » (1). Le droit moderne est sur ce point en parfaite harmonie avec l'ancien droit. « La femme mariée, écrivait M. Pothier au XVIII^e siècle, n'a besoin d'autorisation que pour les actes qu'elle fait en son nom, lorsqu'elle contracte, comme fondée de procuration soit du mari, soit de quelque autre personne que ce soit, il n'est pas besoin d'autorisation. « car ce n'est pas elle qui contracte, c'est celui qui a donné procuration qui contracte par son ministère » (2).

Moyen juridique, le « mandat » est également un moyen pratique ; grâce à lui, la présence continuelle du mari

(1) M. Planiol. *Traité élément. de Droit civ.*, t. II, n° 2. 240.

(2) Pothier. *Traité de la puissance du mari*, n° 49.

aux côtés de l'épouse n'est pas nécessaire, comme elle le serait avec le système de l'autorisation tacite, s'il était possible en droit. Autant dans ces conditions que le mari se chargeât lui-même de tous les contrats relatifs aux besoins du ménage. Avec la théorie du « mandat tacite », le mari se repose sur les facultés ménagères de sa femme et disparaît en quelque sorte aux yeux des fournisseurs devant sa mandataire, pour leur réapparaître comme mandant responsable, lorsqu'ils sont devenus ses créanciers.

Ce moyen juridique et pratique à la fois se trouve réalisé essentiellement à l'aide d'une fiction. Le mari est le chef unique du ménage et le pourvoyeur attitré de ses besoins. « Attendu, dit le jugement du tribunal de paix de la Seine (V^e art.) du 14 avril 1901, que par suite de la direction économique du mari dans la société conjugale, le mari a, sous tous les régimes, l'administration de tout ou partie des biens des époux, à l'effet de subvenir aux charges de la vie commune, que seul il a donc en main les ressources destinées à faire face aux besoins du ménage, en même temps que le droit d'engager pour cette fin les biens matrimoniaux... (1). » On suppose que dans ces conditions le mari donne à sa femme — ne pouvant pratiquement agir lui-même — mission d'agir à sa place pour tout ce qui regarde l'administration intérieure de la maison. On imagine que les époux, prévoyant au moment

(1) D. P. 1905. 2. 249.

de leur union l'organisation future de leur société conjugale, ont pris entre eux cet arrangement. On suppose — c'est une présomption de fait — que devant l'organisation économique actuelle du mariage, la femme agissant dans la sphère domestique se considère comme mandataire de son mari et que ce dernier la regarde effectivement comme telle.

L'auteur des observations faites sous l'arrêt de la 7^e Chambre de la Cour d'appel de Paris du 5 novembre 1907, écrit. « La décision ci-dessus doit être signalée, parce qu'elle confirme la jurisprudence de la 7^e Chambre de la Cour de Paris, contenue dans ses précédents arrêts de juin 1899 et juin 1902, et aux termes de laquelle la reconnaissance du « mandat tacite », en vertu duquel la femme engage le mari pour les dépenses nécessaires aux besoins du ménage, dérive de l'obligation que toutes les législations, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux, imposent au mari de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants (1). » M. Huc, dans son commentaire théorique et pratique s'exprime ainsi : « Quel est le fondement juridique de ce mandat ? On peut concevoir deux sortes de mandat : il y a d'abord le mandat principal, indépendant de tout contrat antérieur, qui ne saurait jamais être présumé. Il y a ensuite le mandat qui se présente comme mode d'exécution d'un contrat antérieur. L'existence de ce contrat antérieur peut

(1) *Gazette des tribunaux*, 16 janvier 1908.

présumer le mandat tacite, qui doit en procurer l'exécution. Tel est le cas dans le ménage, régi par la communauté. C'est le mari, chef de la communauté, qui, théoriquement, a seul qualité pour procurer au ménage tout ce qui est nécessaire. Le mari exécutera les obligations, dont il est tenu à ce point de vue, en donnant mandat à sa femme de traiter avec les fournisseurs, et ce mandat sera forcément tacite (1). » M. Laurent, parlant de l'article 214 du Code civil, écrit : « Pourquoi la loi ne parle-t-elle que du mari ? Si le mari n'avait pas de biens, la femme serait obligée de lui fournir tout ce qui est nécessaire. La loi parle du mari parce que c'est lui qui est le chef de l'association conjugale, c'est à lui que la femme apporte une dot pour l'aider à supporter les charges du mariage (2). »

On veut donc que le mari, comme chef soit responsable de l'activité de la femme dans le domaine intérieur de la maison.

Aucun système — mieux que celui du mandat tacite, reposant sur l'idée de représentation juridique — ne répond à ce désir.

Le mari paie, puisqu'en droit, sinon en fait, c'est lui qui a dépensé.

Au fondement du mandat domestique, tel qu'il vient d'être établi, se présentent, à notre avis, deux objections. Le contrat antérieur qui permet, avec raison, selon

(1) *Comment. théorique et pratique du Code civ.*, n° 151.

(2) *Principes de Droit civil*, t. XXII, n° 105.

M. Hue, de présumer un mandat, se trouve essentiellement dans l'article 214 du Code civil. Mais cet article ne consacre que l'obligation alimentaire du mari vis-à-vis de sa femme, en échange de l'accomplissement par celle-ci de son devoir légal de cohabitation. C'est parfait, lorsqu'il s'agit de dépenses personnelles de la femme. Lorsqu'il est question de frais intéressant le ménage tout entier, ou l'entretien et l'éducation des enfants, trouve-t-on, dans la loi, un contrat antérieur permettant la présomption d'un mandat ? Les textes du Code sont loin de consacrer à cet égard l'obligation unique du mari. C'est l'article 203, disposant que « les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants », et c'est l'article 212 : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance, et M. Hue a raison de dire que c'est le mari « qui, théoriquement, a seul qualité pour procurer au ménage tout ce qui est nécessaire » car, en pratique, cela peut se passer bien différemment.

Mais ce n'est pas tout. La fiction du « mandat tacite » nous semble totalement contraire à la réalité. Où a-t-on vu le mari donner, même tacitement, un mandat à sa femme, pour les besoins du ménage ? Où a-t-on vu les époux prendre entre eux l'arrangement dont parle le jugement précité, au début de leur union ? et dire avec Laurent (1) que le mariage produit le consentement ta-

(1) *Principes*, XXII, n° 405.

cite à ce mandat, c'est reconnaître que les pouvoirs dont il s'agit pour la femme lui viennent, non du mari, mais du mariage.

Comme le mari est le chef du ménage, on entend actuellement faire émaner de lui tous les pouvoirs. Parce qu'il a un rôle plus extérieur et plus marquant, parce qu'il parle au nom de la famille, on est porté à ne considérer que ses pouvoirs, ses droits, ses fonctions. Et ceux de l'épouse ? La réalité, c'est que du mariage naissent pour les époux des droits et des devoirs.

La réalité c'est, écrit M. Pettré, « que le mariage n'est pas chez nous une institution autocratique, où le mari est tout, et la femme, rien. C'est une association, où les deux conjoints ont chacun un rôle dissemblable et distinct (1). » La réalité, c'est que les soins du ménage incombent naturellement et socialement à l'épouse. La réalité, c'est que la loi ne lui reconnaît pas les pouvoirs nécessaires pour remplir convenablement sa mission !

(1) Pettré. *Etude sur les données du mandat tacite, appliquées aux femmes mariées*, thèse 1907.

CHAPITRE II

EXISTENCE

Pour présumer l'existence du mandat tacite, domestique, on s'appuie, avons-nous vu, sur l'organisation économique du mariage et l'on invoque notamment l'article 214 du Code civil, d'après lequel le mari se trouve personnellement obligé de fournir à sa femme le nécessaire de la vie, à la seule condition pour elle d'habiter avec lui.

A première vue, il paraît superflu de chercher plus avant. De l'état de mariage naît l'obligation alimentaire du mari. Donc, pendant toute la durée de cette obligation, c'est-à-dire tant qu'il y aura mariage et que d'autre part la femme remplira son obligation personnelle, la présomption d'existence du mandat domestique doit subsister.

La question n'est pas aussi simple qu'elle semble. On invoque, disons-nous, l'économie du mariage en faveur de cette présomption. Mais cette économie ne va-t-elle pas se trouver modifiée par le régime matrimonial choisi par les époux ? Deuxième difficulté : les dépenses qui font

l'objet du mandat en question sont, comme nous le verrons, des dépenses d'entretien physique et moral résultant d'une vie menée en commun, qui existe aussi bien entre personnes quelconques vivant ensemble qu'entre époux ? Va-t-il falloir, pour l'existence de notre présomption, ménage de droit, ou suffira-t-il d'un ménage de fait ? Dernière difficulté : le contrat présumé est un contrat de mandat. Tout le monde s'entend, pour reconnaître au mandat un caractère de confiance mutuelle ; ce caractère doit se retrouver *a fortiori* dans notre espèce. Or, on peut être unis devant la loi, et vivre désunis dans la réalité. La présomption de mandat, née de l'union conjugale et avec elle, résistera-t-elle à une séparation de fait entre époux, et ne tombera-t-elle que devant le refus injustifié de la femme d'habiter avec son mari, suivant dans sa chute l'obligation maritale d'entretien dont le mandat tacite est la forme supposée d'exécution ?

TITRE I

L'organisation économique du mariage ne va-t-elle pas être modifiée par le choix du régime matrimonial.

a) *Régime de communauté et régime sans communauté.*

Avant la loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage, sous le régime de communauté, la

question ne se posait même pas (1). Ce régime est le régime matrimonial légal, le régime-type, qu'on applique aux époux devant leur silence. Avant la loi nouvelle, sous ce régime, le mari disposait de tous les biens et de tous les revenus de la femme. Cela étant, on présumait avec quelque raison qu'en vue des dépenses de la vie commune auxquelles le mari est légalement tenu, il donnait mandat à sa femme de contracter et il y avait également tous les motifs de supposer que celle-ci n'avait nullement l'intention, comme ménagère, de parler en son propre nom. L'article 1409 §° était d'ailleurs très précis. « La communauté est tenue des aliments des époux... etc. » Or, chaque fois que la communauté est tenue, le mari l'est aussi ; et cette obligation devait ne pas surprendre, si l'on songe, qu'avant 1907, les produits du travail personnel de la femme et les économies en provenant se trouvaient entre les mains du mari. Ces ressources sont toutes indiquées pour faire face aux charges du ménage. Il était donc parfaitement logique de présumer, dans ces conditions, un mandat en vertu duquel l'épouse n'ayant pas de fonds à sa disposition pour l'entretien du ménage obligeait le mari sans s'obliger elle-même. On raisonne de même pour le régime sans communauté. L'article 1530 correspond à l'article 1509 §°. « La clause portant que les époux se marient sans communauté ne donne pas à la femme le droit d'administrer

(1) Binet, *loc. cit.*, p. 60.

sés biens ou d'en percevoir les fruits : ceux-ci sont « censés » apportés au mari pour subvenir aux charges du mariage. » Les fruits des biens de l'épouse sont donc considérés comme apportés au mari en dot à l'effet de subvenir aux besoins du ménage.

La même solution a été donnée par un arrêt de la Cour de Paris du 23 février 1888 (1), lorsque les époux ont adopté le régime dotal, avec société d'acquêts. « Les fournitures faites à la femme pour les besoins du ménage rentrent dans les charges du ménage que la communauté et le mari doivent seuls supporter. » Cela se comprend, puisque la société d'acquêts, jointe au régime dotal, doit suivre les règles du régime de communauté.

Mais, avant de passer au régime dotal et à celui de la séparation de biens, où le désaccord commence, il nous semble que la loi de 1907, en réservant à l'épouse « l'administration » des produits de son travail et les économies en provenant, a modifié, surtout dans les classes ouvrières, l'économie domestique telle qu'elle existait auparavant. Il n'est plus vrai de dire que tout est entre les mains du mari, et par conséquent la présomption de mandat domestique semble avoir perdu beaucoup de sa force, même sous le régime de communauté.

b) *Régime dotal.*

Sous le régime dotal (sans parler de la loi nouvelle),

(1) D. 1888. 2. 263.

le mari n'a plus, comme sous le régime de communauté, les revenus de sa femme dans leur totalité. Les biens de l'épouse se divisent en deux catégories ; les dotaux et les paraphernaux. Les premiers sont administrés par le mari, les seconds par la femme, et comme sous ce régime, la paraphernalité est la règle, dont la dotalité n'est que l'exception, les biens soumis à la disposition de la femme risquent d'être plus considérables que ceux qui sont administrés par le mari. Or, les raisons qui, sous le régime de communauté, font admettre la présomption du mandat domestique se tirent principalement de la situation particulière faite à la femme sous ce régime ; sous le régime dotal, au contraire, la femme dépense librement les revenus de ses paraphernaux si bien que, lorsqu'elle contracte pour les besoins du ménage, de ses enfants et de sa toilette, on devrait la réputer obligée elle-même, sinon à concurrence du fonds de ses paraphernaux, du moins pour une part proportionnelle à leur importance et dans la mesure des revenus qu'elle en tire. La tendance à considérer les revenus des paraphernaux comme devant servir aux besoins du ménage au même titre que ceux des biens dotaux se manifestait déjà dans le droit de Justinien (1). D'ailleurs, l'article 1578 du Code civil décide que, si la femme n'a pas fait d'opposition à ce que le mari jouisse des paraphernaux, les fruits qu'il en a tirés sont présumés avoir été dépensés dans l'intérêt du

(1) Loi 8 du Code. *De Pactis dotalibus*.

ménage, sans que le mari en doive compte à sa femme. Cette règle paraît même être une présomption absolue qui n'admet pas la preuve contraire (1). « Aussi, conclut M. R. Pettré, est-il permis de penser que si de l'aveu de sa femme le mari a l'administration et la jouissance des paraphernaux, les créanciers avec lesquels la femme a contracté pour les besoins du ménage, ou de sa toilette ou de ses enfants peuvent réclamer, en vertu même du mandat tacite, d'être payés sur les revenus des biens paraphernaux que le mari aurait pu dépenser lui-même pour les mêmes besoins. Si, au contraire, la femme a conservé l'administration et la jouissance de ses paraphernaux, il paraît tout aussi peu logique que les revenus qu'elle en tire ne puissent être réclamés par ses créanciers, puisque la présomption générale est que ces revenus servent à l'entretien du ménage (2). » Et « pourquoi, conclut aussi l'auteur de la note mise sous l'arrêt de Cassation du 7 juillet 1896 la femme ne pourrait-elle pas employer les revenus de ses paraphernaux à satisfaire ses besoins personnels (3). »

Parce que, répondent les partisans (4) du « mandat tacite », en première ligne, si, sous le régime de communauté, on invoque l'article 1409 du Code civil, il ne faut

(1) Aubry et Rau. t. V, par. 541, texte et note 16, p. 641.

(2) Pettré. *loc. cit.*, p. 56.

(3) D. 1898. I. 18.

(4) Laurent, *loc. cit.*, n° 103. — Demolombe. *loc. cit.*, n° 169. — Binet. *loc. cit.*, p. 64.

pas oublier, sous le régime dotal, l'existence de l'article 1540. « Sous ce régime, la dot, comme sous celui du chapitre II (communauté) est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. » Il y a donc là un sérieux argument d'analogie avec ce qui se passe sous le régime de communauté. Mais, bien plus, contrairement à la thèse admise par l'auteur de la note précitée, ne semble-t-il pas que la présomption de mandat domestique doit être beaucoup plus forte sous le régime dotal que sous le régime de communauté.

Sous ce régime, en effet, l'organisation économique, telle que nous la connaissons, ne ressort qu'indirectement des dispositions pécuniaires de ce régime, ou, tout au moins la dot, c'est-à-dire, ce que la femme doit remettre au mari, chef de l'association, pour subvenir au ménage n'est nullement définie. Elle est incluse, en quelque sorte, dans tous les biens de l'épouse dont le mari est le maître. Sous le régime dotal, on trouve au contraire, une définition de la dot ; son rôle est clair et précis.

« La dot, dit expressément l'article 1540, est le bien que la femme apporte pour supporter les charges du mariage. » Et cette différence de précision entre les deux régimes matrimoniaux s'explique naturellement par ce fait que, sous le régime dotal, le mari ne possède plus les revenus des biens de la femme dans leur totalité.

L'épouse, dit-on, en second lieu a la libre disposition de ses paraphernaux. C'est très exact. Mais où voit-on que cette part de ces biens soit destinée à supporter les dé-

penses du ménage ? Et comment peut-on supposer que la femme ait l'intention de les engager à cette fin ? Où se trouve le texte consacrant une telle obligation de la part de la femme, ou permettant de présumer une semblable volonté à cet égard ?

Le Code s'y oppose au contraire. Si la dot, d'après l'article 1340 est, par définition, « le bien apporté au mari pour supporter les charges du mariage », c'est que les paraphernaux qui, par définition (art. 1374 du Code civil) représentent les biens de la femme, non constitués en dot, sont légalement dispensés de cette obligation.

On invoque aussi l'article 1375 en faveur de notre thèse. « Si tous les biens de la femme sont paraphernaux — donc s'il n'y a pas de dot — la femme contribuera aux charges du mariage, jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. » L'épouse n'ayant pas, sous forme de dot, au début de l'union versé sa contribution devra annuellement la verser entre les mains de son mari ; car ce tiers est encore une dot, ou si l'on veut, une suite de petites dots, que la femme remet successivement au mari pour s'acquitter de l'obligation à laquelle elle est tenue, en vertu de l'article 1375 du Code civil, s'il n'y a pas de conventions dans le contrat de mariage.

Enfin, — et l'on retrouve cet argument sous le régime de la séparation de biens, — que les époux soient mariés sous le régime de communauté ou sous le régime dotal, l'économie de leur ménage doit toujours se conformer aux règles de l'article 214 du Code civil, qui trouve sa place

en avant et en dehors de toute question de régime matrimonial au chapitre II du Code civil, intitulé : « Des droits et des devoirs respectifs des époux. » Donc pour que la femme soit considérée comme tenue sur ses paraphernaux, lorsqu'il y a dot au sens de l'article 1540, il faudrait une dérogation expresse à la règle fondamentale de l'article 214 du Code civil. Où est-elle (1) ?

c) Régime de Séparation de Biens.

Sous le régime de séparation de biens, la question de l'organisation économique du mariage, et par suite celle de la présomption du mandat domestique sont encore plus vivement discutées.

Sous le régime dotal, on se contente de tirer argument contre cette présomption de ce fait que le mari n'a plus en mains la totalité des revenus de sa femme. Sous le régime de séparation de biens, on est tenté de nier jusqu'à l'obligation alimentaire personnelle au mari : ici, dit-on, il n'est plus question de dot, et l'épouse a la libre administration de ses biens. On cite à l'appui de cette thèse les arti-

(1) Quant à l'art. 1578, je ne vois aucunement dans ces dispositions la « présomption » dont parle M. Pettré : « Si le mari a joui des biens paraphernaux de sa femme sans mandat, et néanmoins sans opposition de sa part, il n'est tenu à la dissolution du mariage, ou à la première demande de sa femme, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est pas comptable des fruits qui ont été consommés jusqu'alors » (art. 1578).

cles 1536 du Code civil pour la séparation de biens conventionnelle, et 1449 pour la séparation de biens judiciaire.

Les articles 1448 du Code civil et 1537 du même code pour les séparations judiciaires et conventionnelles font également foi de cette modification apportée à l'économie du mariage. L'article 1448 *in fine* pour la séparation de biens judiciaire dit même, en parlant de la femme et des frais du ménage : « Elle doit supporter entièrement ces frais s'il ne reste rien au mari. » Et si les auteurs modernes n'ont pas admis l'obligation pure et simple de la femme séparée, ils soutiennent tout au moins qu'elle est tenue personnellement envers les tiers des dettes, contractées pour les besoins du ménage, dans la limite de sa part contributive et qu'elle ne pourrait même pas alléguer pour repousser la demande des créanciers, qu'elle aurait remis à son mari le montant de sa part.

Dans ces conditions, que devient la présomption de mandat? Pourquoi ne pas considérer la femme comme agissant en son propre nom, puisqu'elle serait désormais, au même titre que le mari, tenue de l'obligation alimentaire? Pourquoi supposer que ce dernier ait donné à la femme mandat de contracter des engagements auxquels il n'est plus seul tenu (1)?

Parce que, dit-on (2), le raisonnement des adversaires

(1) Binet. *loc. cit.*, p. 65 et sq.

(2) Cf. en ce sens : Aubry et Rau. *loc. cit.* p. 485 ; Guillouard. *loc. cit.*, t. III. n° 1223 ; Planiol. *loc. cit.*, n° 1446, etc. etc.

du « mandat tacite » sous le régime de séparation de biens pèche par la base. Pour prouver que sous ce régime la femme, vis-à-vis des tiers, est tenue au même titre que le mari, on cite les articles 1448 et 1537 du Code civil, mais où voit-on dans leurs dispositions une dérogation au principe formel de l'article 214. Cet article présente une portée générale. Pour que cette portée fût modifiée, il faudrait un texte : il n'y en a pas. Au contraire, comme l'article 1409 5^e, sous le régime de communauté, et comme l'article 1540 pour le régime dotal, les articles 1448 et 1537, loin de battre en brèche l'article 214 expliquent son fonctionnement sous le régime de séparation de biens. Loin de prouver la non-existence d'une dot sous ce régime, consacrant l'obligation alimentaire personnelle au mari, les articles 1448 et 1537 déterminent la quotité de cette dot en cas de silence des conventions matrimoniales, comme le fait l'article 1575, sous le régime dotal, en cas de non-existence de biens dotaux.

La seule différence, à ce sujet, entre le régime de séparation de biens et les régimes de communauté et dotal, se trouve dans le mode et dans l'époque de versement de la dot, ce qui n'entame en rien sa réalité. Au lieu d'avoir une fois pour toutes, au début du mariage, la part contributoire de la femme, le mari la reçoit des mains de celle-ci sous forme de contribution annuelle, prise sur ses revenus.

D'ailleurs, à la simple lecture du texte de l'article 1537

du Code civil (1), ne sent-on pas qu'on se trouve en présence d'un pur règlement de comptes entre époux, qui n'a rien de commun avec une obligation de la femme partagée avec son mari, jusqu'à un certain point, vis-à-vis des tiers fournisseurs. Laurent (2) fait remarquer le mot « contribuer » employé dans la rédaction de cet article. La femme « contribue ». Une fois sa contribution versée, elle a acquitté sa dette et ne peut pas plus être recherchée par les créanciers du ménage, qu'elle ne peut l'être sous tout autre régime, lorsqu'elle contribue aux charges du mariage par sa dot ou les intérêts de sa dot.

La jurisprudence a suivi les auteurs dans leur désaccord. Nous constatons cependant une majorité dans le sens du maintien du « mandat tacite » aux cas de séparation de biens conventionnelle et judiciaire. Pour la première, je citerai deux arrêts du Tribunal civil de la Seine des 3 décembre 1893 (3) et 9 janvier de la même année (4). Pour la seconde, je citerai un arrêt de la 6^e Chambre du Tribunal civil de la Seine, du 7 décembre 1899 (5) et un arrêt de la Cour de Riom, du 16 février 1853 (6).

(1) Art. 1537. C. Civ. « Chacun des époux contribue aux charges du mariage suivant les conventions contenues en leur contrat ; et s'il n'en existe point à cet égard... »

(2) Laurent. *loc. cit.*, n^o 281.

(3) D. 1896. 2. 132.

(4) *Gaz. trib.*, 20 avril 1893. Cf. ég. : Trib. Civ. Seine, 6^e Ch. 9 ; mars 1897 (Loi 13 juillet 1897) et Trib. civ. Seine, 9 juin 1903. (D. 1903. 5^e 26).

(5) *Pand. Franc.*, 1902. 2. 30.

(6) D. 54. 3. 685.

Enfin, en faveur de cette manière de juger, on peut tirer argument du droit comparé ! Pour le Droit anglais (1), lisez l'arrêt de la 7^e Chambre de la Cour de Paris du 17 juin 1899 (2) : La nouvelle législation anglaise, constituant à la femme une personnalité distincte de celle de son mari, lui conférant la capacité de s'obliger et en l'affranchissant même de toute ingérence du mari, n'a pas porté atteinte au droit des gens ; c'est la même décision que donne, pour le droit russe, l'arrêt de la 7^e Chambre, de la Cour d'appel de Paris cité dans la *Gazette des Tribunaux* du 16 janvier 1908. En droit allemand, sous l'empire du « Bürgerliches gesetzbüch », les « motifs » déclarent que, pour l'existence de la « Schusselsgewalt », il n'y a pas à s'inquiéter du régime des biens (3), et le Code lui-même, en faisant du pouvoir domestique un « effet général du mariage » (4), la place en dehors et au dessus de toute organisation pécuniaire.

Ne doit-on pas dès lors conclure avec l'auteur de la note prise sous le jugement du Tribunal civil de la Seine du 3 décembre 1895 que « le mandat tacite, donné par le mari à la femme, n'est pas spécial au régime de com-

(1) E. Lehr. *Elém. de Droit civ. anglais*, p. 1, p. 89). Cf. également Chéron. *La femme mariée anglaise, en Angleterre et en France* p. 196.

(2) D. 1900. 2. 403. Cf. en sens contraire : pour le droit italien, 5^e Ch. Cour de Paris. (D. 1900. 2. 405).

(3) Motive, t. IV, p. 117.

(4) Planck. B. G. B. t. IV, p. 85.

munauté : qu'il faut y voir une conséquence, non de l'adoption d'un tel régime matrimonial, mais de la vie conjugale elle-même, une application du principe général, écrit dans l'article 214 du Code civil au titre du « mariage », suivant lequel le mari est tenu de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, selon ses facultés et son état (1). » Cependant, nous rappellerons en premier lieu, à propos de l'article 214 ce que nous avons dit au chapitre premier au sujet du fondement du « mandat tacite » et en second lieu ce que nous disions au commencement de ce titre sur la nouvelle loi du 13 juillet 1907, qui s'applique autant aux autres régimes qu'à celui de la communauté (2).

(1) D. 1896. 2. 132. Cf. égal : Basset. thèse, p. 301. « La femme, en fournissant au mari une dot, a payé sa part contributoire et le mari est chargé pour ainsi dire à forfait de toutes les dépenses du ménage. Quand je dis le mari, c'est pour comprendre tous les régimes... »

(2) Nous venons de voir que pour certains auteurs l'adoption d'un régime de séparation pécuniaire s'opposait à la présomption de mandat domestique. Les fournisseurs devront-ils alors être dépourvus de toute action contre le mari toujours tenu, en vertu de l'art. 214 du C. civil, de pourvoir à l'entretien de sa femme ? Evidemment non ; voyez entre autres la note dans le Dalloz 1900. 2. 105 qui accorde dans ce cas aux fournisseurs l'action *de in rem verso* contre le mari. Cf. égal. : Binet, *loc. cit.*, p. 118 ; Chéron, *loc. cit.*, p. 250.

TITRE II

Va-t-il falloir ménage de droit, ou suffira-t-il d'un ménage de fait ?

Comme auteurs français, M. Planiol seul, à notre connaissance, paraît admettre que la présomption de mandat domestique naît de la simple communauté d'existence entre deux personnes, ou du moins cet auteur regrette à cet égard la direction de notre droit français. Rapportant un jugement de la 5^e Chambre du Tribunal civil de la Seine du 11 décembre 1901 (1), d'après lequel le mandat tacite domestique ne saurait exister dans les ménages apparents, M. Planiol conclut : « C'est une des nombreuses faveurs que notre droit accorde sans raisons sérieuses, et souvent sans s'en douter, aux gens qui fuient les liens du mariage (2). »

M. Planiol se rencontre sur ce point avec la tendance actuelle du droit anglais. Nous lisons en effet dans une thèse récente (3) : « Ce qui semble bien prouver que la présomption de mandat résulte de la cohabitation, et non du lien conjugal, c'est qu'il a été plusieurs fois jugé que cette présomption existe aussi pour les « necessities »,

(1) D. 1902. 2. 133.

(2) Planiol. *Élém. de Droit civ.*, t. III, n° 1097.

(3) Chéron. Thèse, *loc. cit.*, p. 198.

fournies à une femme, vivant avec son amant, quand bien même le tiers, traitant avec la femme, sait qu'elle n'est pas mariée (1). »

La presque unanimité de la doctrine et de la jurisprudence française exige au contraire la nécessité du lien conjugal, pour l'existence du mandat, et cela se conçoit. Toute présomption est de droit étroit et ne peut être étendue au delà de l'obligation légale qui lui sert de base. Du jour où elle n'est plus soutenue, elle tombe. C'est logique. La base de la présomption est ici l'obligation alimentaire du mari. Cette obligation n'existe pas en dehors du mariage. Pas d'obligation, pas de base, pas de présomption. Nous avons cité un jugement rapporté par M. Planiol. Plus récemment, nous citerons le jugement du Tribunal civil de la Seine, du 6 janvier 1902, avec la note citée au Dalloz, 1904 « On peut, conclut cette dernière, poser en principe que, sauf exception, celui qui a fait des fournitures n'a d'action contre un concubin qu'autant qu'il justifie une intervention directe de sa part dans la commande, et qu'il établit que c'est réellement à lui qu'il a fait crédit. C'est la règle qui se dégage des jugements rapportés, ainsi que d'autres décisions antérieures. (Paris, 15 avril 1872, 3 janvier 1878, 6 août 1884 et 22 mai 1890 (2). »

Voyez également ce qui se passe en Allemagne, toutes

(1) Cf. Watson. V. Threlkeld 2 Esp. 637. Blades. V. G. Band C. 167.

(2) D. 1904. 2. 239. Cf. cependant : *Le Droit* du 30 avril 1898.

proportions gardées. « Assurément, écrit M. P. Binet, il existe d'autres personnes, mères, sœurs, filles, gouvernantes, etc., dont le rôle dans le ménage d'un célibataire ou d'un veuf peut être très analogue à celui de l'épouse dans le ménage du mari... Néanmoins, elles ne possèdent pas le pouvoir légal de représenter le chef du ménage... Elles ne peuvent tenir de l'Hausherr, qu'un pouvoir conventionnel et volontaire, et pour que leurs actes engagent celui-ci, il faudra que leur délégation aux contrats ménagers soit établie de fait (1). C'est ainsi que le tribunal d'Arpajon, le 11 août 1899 (2), a condamné un frère à payer les fournitures faites à sa sœur, avec qui il menait ménage apparent. Le frère, dans l'espèce, avait pris l'engagement de payer le prix des fournitures de sa compagne.

Enfin, toute la jurisprudence actuelle, qui reconnaît à la femme mariée séparée de fait le droit d'obliger son mari, malgré la séparation, en vertu du mandat domestique (3), prouve bien que la présomption de mandat résulte du lien conjugal, et non, seulement, de la vie commune. Selon ces arrêts en effet, la présomption résiste à la cessation de la communauté d'existence, du moins en principe.

Mais nous invoquerons ces arrêts sous toute réserve. Nous

(1) Binet, *loc. cit.* Chap. II, p. 172.

(2) S. 1902. 1. 229.

(3) Cf. en autres décisions : D. 1882. 1. 362. *Le Droit*, oct. 1907, (Cour d'Appel de Douai, 7 mars 1907).

croions qu'ils sont essentiellement critiquables et nous estimons que la cessation de la vie commune, sans distinction, devrait figurer dans tous les cas parmi les causes d'extinction du mandat tacite. Nous espérons, en examinant ces causes, résoudre la troisième difficulté, que nous soulevions au début de ce chapitre. La présomption du mandat domestique, né du lien conjugal, résistera-t-elle à une séparation de fait et ne tombera-t-elle que devant le refus justifié de l'épouse d'habiter avec son mari (1).

Un dernier point reste à examiner. A défaut d'action en paiement née du mandat tacite, le fournisseur sera-t-il dépourvu de tout recours contre le concubin, avec lequel il n'a pas traité directement? La note déjà citée du Dalloz répond parfaitement à cette question. « Non, en principe, au cas où celui-ci aura tiré un profit personnel des fournitures faites. Alors l'action de *in rem verso* est ouverte aux fournisseurs, en vertu du principe que « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ». Toutefois, les cas, où cette action pourra aboutir, dans les espèces de ce genre, seront nécessairement assez rares, à raison de ce que l'exercice de cette action est subordonné à l'existence d'une double condition : 1° qu'il y ait enrichissement au détriment d'autrui ; 2° que cet enrichissement ait lieu sans droit. (*Sine jure aut cum injuria*) » (2).

(1) Cf. chapitre cinquième, titre I.

(2) D. 1904. 2. 239.

CHAPITRE III

OBJET, ÉTENDUE, MODE D'EXERCICE

Trois questions se posent ici. Sur quoi porte le mandat domestique, c'est-à-dire quel est son objet? Jusqu'où va-t-il, c'est-à-dire quelle est son étendue? Et enfin comment sera-t-il exercé par la femme, c'est-à-dire de quelle manière celle-ci engagera-t-elle le mari dans les limites déterminées?

Avant de répondre particulièrement à ces interrogations, nous croyons utile de noter quelques observations préliminaires.

Le mandat domestique — avons-nous vu — n'est qu'un mandat présumé, reposant sur l'organisation économique du mariage, existant sous tous les régimes matrimoniaux. Le mari, recevant sous une forme ou sous une autre une dot de la femme doit, en échange, supporter les charges du ménage. Il y aura donc, sans nul doute, entre l'objet et la limite du « mandat » et l'objet et la limite de l'obligation alimentaire du mari, une étroite corrélation, puisque c'est au moyen de ce mandat que ce dernier est présumé s'acquitter de son obligation.

Mais il ne faut pas oublier que l'on se trouve en présence d'une simple présomption de fait, en faveur des fournisseurs, qui peut être détruite par la preuve contraire. Dans l'état actuel de notre droit, le mari ne donne pas nécessairement, légalement, mandat à sa femme de contracter en son nom pour les besoins du ménage. On suppose simplement qu'il le donne, parce qu'il y a toutes les raisons pratiques et juridiques de le supposer. Mais, le mari, quels que soient les motifs qui le poussent normalement à faire de sa femme son intendant dans le domaine du ménage peut, dans certains cas, préférer exécuter par sa propre activité ou par tout autre moyen son obligation d'entretien. Il n'est donc pas juste de dire que son devoir alimentaire entraîne en toute hypothèse le mandat domestique. Le premier peut faire assurément présumer le second, mais cette présomption doit céder devant les circonstances qui en démontrent le mal fondé dans l'espèce. La volonté du mari influera sur l'objet ou la limite du mandat domestique, ce qui n'a rien de surprenant, puisque — nous le verrons plus loin — elle peut influencer sur son existence même, ce qui revient à dire que la corrélation entre l'obligation alimentaire du mari et l'existence du mandat tacite n'est pas aussi étroite qu'on pourrait la concevoir. Ainsi l'objet et la limite du mandat seront tour à tour, d'après la volonté du mari, plus ou moins étendus que ceux de son obligation. Ce qui rend plus sensible la difficulté, c'est que le plus souvent cette volonté reste à l'état d'intentions. Il

faut alors l'interpréter ; il faut les extérioriser en quelque sorte, ce n'est qu'une question d'appréciation. Ainsi, il est assez naturel de supposer, parmi les contrats relatifs aux besoins du ménage, certains, dont le mari entende se réserver l'exercice, à cause de leur importance, de leur spécialité, ou de leur caractère exceptionnel, quoique nécessaire. L'objet du mandat présumé sera alors moins étendu que celui de l'obligation maritale. Mais le mari, légalement tenu de fournir au ménage le nécessaire, peut se considérer comme socialement tenu de fournir le superflu, si j'ose ainsi dire. L'objet du mandat présumé sera ici plus étendu que celui de l'obligation maritale (1).

La volonté du mari peut encore, à notre sens, influencer d'une autre manière sur l'objet, ou mieux sur les limites du mandat. Le mari s'absente de façon prolongée, ou fréquente, retenu loin de sa famille par ses affaires, sa profession ou son état de santé. Les époux vivant séparés, mais sans qu'il y ait cessation de vie commune véritable, on ne doit pas alors, à notre avis, modifier la présomption habituelle du mandat conféré par le mari présent, ou du moins on doit dans ces circonstances l'étendre, se conformant ainsi, il me semble, aux intentions de l'absent. « La non-présence du mari, en son éloignement momen-

(1) *Pand. Franç., Mariage*. Titre I, n° 5175. *Gaz. du Palais*, 1893. 1. 2. 50. Cf. également : D. P. 1847. 2. 59. *Le Droit*, 12 février 1893. Cf. E. Lehr. *loc. cit.* « Il a été jugé que bien qu'il s'agisse d'objets non absolument nécessaires, si le mari a eu connaissance des achats, ou les a confirmés en autorisant sa femme à se servir des objets achetés, il est tenu de les payer. »

tané plus ou moins grand, loin d'être une preuve de l'absence ou de la révocation du mandat de la femme, en est au contraire une justification »(1). Nous dirions volontiers une prolongation. Jamais ce mandat n'a été plus utile ni mieux expliqué que dans cette hypothèse. On ne peut en effet supposer alors que le mari entende se réserver certains actes importants ou spéciaux, puisqu'il n'est pas là pour y faire face. Il est impuissant à assurer par lui-même la subsistance de la famille et en général la bonne administration de la société conjugale. On est donc en droit de présumer qu'en quittant le foyer, il a délégué sa femme pour entièrement le remplacer ; nous serions tenté d'ajouter que si le « mandat tacite » n'existait pas, il faudrait le créer, en cas d'absence du mari. La jurisprudence consacre d'ailleurs cette manière de voir, sans réserves. Lisez notamment l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 29 mars 1838 (2), qui valide la location d'un appartement, conclue par la femme, alors que le mari était absent pour un voyage à « long cours ». Or, lorsque le mari est présent, on n'admet pas généralement pour la femme la faculté de louer un appartement (3). Cet acte

(1) Baudry-Lacantinerie. T. I, n° 500. Cf. dans le même sens : Binet. *loc. cit.*, p. 45. Aubry et Rau. *loc. cit.*, t. V, p. 344, etc. etc..

(2) Juris. Gén. Vo. *Contrat de mariage*, n° 1008, 3^e, et plus récemment : Cour de Paris, 2 mai 1895. D. 1896. 2. 134.

(3) Cf. entre autres : Demolombe. *loc. cit.*, n° 170. Cf. d'autre part l'arrêt de la Ch. des requêtes du 6 août 1878 (D. P. 1879. 1. 100), qui, en l'absence du mari, autorise la femme, en vertu d'un mandat tacite et nécessaire », à louer ses services et son industrie.

rentre bien pourtant dans ceux qui sont nécessaires à la vie de la famille en première ligne même ; mais son importance conduit à penser que le mari a dû vouloir s'en réserver l'exercice.

C'est la même extension du mandat tacite, que consacre toute la jurisprudence (1) dans les cas où la femme vit *effectivement séparée de son mari*. Ce sont des actes même d'aliénation, d'engagement, de spéculation, des opérations de bourse que l'on déclare légitimement faits dans un but d'entretien (2) ; ce sont même certains actes d'administration sur des immeubles propres qui sont reconnus alors valables (3).

Ceci dit, nous arrivons à la première interrogation : Quel est l'objet du mandat domestique ?

TITRE I

Objet.

Sous réserve des remarques précédentes, pour répondre à cette question, il faut se demander quel est l'objet de l'obligation alimentaire du mari. Le Code donne à cet égard des indications assez précises. C'est en première ligne l'art. 214, qui consacre l'obligation pour le chef du

(1) Même observation sur cette jurisprudence que page 109.

(2) D. P. 1905. 2. 249.

(3) D. P. 1896. 2. 133.

ménage de fournir à sa femme « *tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie* » ; spécialement sous le régime de communauté l'art. 1409 §° dispose « la communauté (donc le mari) est tenu..... des aliments des époux, de l'éducation et de l'entretien des enfants ». Sous le régime dotal, l'art. 1540 parle « des charges du mariage ».

On voit ainsi que l'obligation maritale comprend trois chefs : les besoins du ménage proprement dits, ceux de la femme, et ceux des enfants, s'il y en a

a) *Besoins du ménage.*

Parmi les besoins du ménage, il en est, qui rentrent sans discussion possible dans l'objet du mandat domestique, pour lesquels on doit présumer la délégation du mari. Ce sont les achats de denrées alimentaires, d'ustensiles de ménage, soit au début de la vie commune, soit en cours, pour remplacer ceux qui sont usés ; c'est la vente de ces derniers ; ce sont encore les achats de mobilier courant ; c'est l'engagement de domestiques, ou gens de peine à la journée ; ce sont encore les contrats passés avec des ouvriers pour des réparations d'entretien sans importance.

En un mot, c'est ce qu'en Angleterre l'on nomme « les necessities ». Le Code allemand de 1896 règle l'objet du pouvoir de l'épouse sur « son cercle d'action domestique » (1). A mon sens, combinant les définitions

(1) Art. 1357. C. All. Cf. égal. : *Avant-Projet suisse de 1900*,

anglaise et suisse, l'objet du mandat tacite doit comprendre les actes à la fois *nécessaires* et *courants* de la vie ménagère. Ainsi, nous avons vu que la location d'un appartement lorsque le mari est présent est réservée à l'action de ce dernier. C'est en effet un acte nécessaire, mais qui n'est pas courant. Il existe beaucoup d'autres contrats ou actes dont le mari a dû entendre se réserver le privilège, par exemple : un contrat, avec un entrepreneur de déménagement, un achat en gros de mobilier pour une installation nouvelle, un devis avec un architecte pour des réparations importantes, une police d'assurance, etc., question d'appréciation et d'interprétation de la volonté du mari.

b) *Besoins de la femme.*

Pour définir l'objet du mandat relativement aux besoins de la femme, il y a principalement l'article 214 du Code civil. Il est admis sans discussion que le mari doit fournir à l'épouse ses vêtements et objets de toilette ainsi que son logement et sa nourriture. Mais on discute entre autres la question de savoir si l'on doit comprendre dans les « charges du mariage » les soins médicaux donnés à la femme, en particulier les honoraires du médecin. La majorité des arrêts considère la femme comme person-

art. 186. « La femme représente l'union conjugale pour les besoins courants du ménage. »

nellement tenue de cette sorte de dépense (1). Un jugement du Tribunal civil de Bordeaux, en date du 19 janvier 1903 dispose « le mari est tenu envers le médecin comme débiteur principal, et la femme comme caution des honoraires dus au médecin pour frais d'accouchement. La femme repousserait vainement l'action du médecin dirigée contre elle en invoquant qu'elle est mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquets ». On trouve en sens contraire un arrêt de la Chambre des requêtes du 3 juillet 1907, qui considère comme « charges du mariage » les soins médicaux donnés à l'un et l'autre époux (2). Nous croyons que c'est avec raison. Les soins médicaux sont en effet de première nécessité pour la vie de l'épouse; ils doivent rentrer dans l'objet du mandat domestique, même avant les frais de nourriture et de toilette. Avant de procurer le nécessaire pour vivre, il nous semble plus utile de donner le nécessaire pour ne pas mourir. D'ailleurs d'une façon générale, une dette alimentaire ne doit pas comprendre seulement la fourniture des aliments proprement dits, mais encore les dépenses que peut nécessiter une maladie.

c) *Besoins des enfants.*

Restent les besoins des enfants s'il y en a; ce sont les

(1) Trib. civ. Seine. 28 février 1905. *Gaz. Trib.* 1906, 2^e, 142; égal. : *Gaz. Trib.*, 1903, 1^{er} sem. 2. 33.

(2) En ce sens égal. : *Droit anglais*, Cf. Chéron, *loc. cit.*, p. 198.

frais de nourriture qui comme ceux de l'épouse rentrent en quelque sorte dans le premier chef de l'obligation maritale (besoins du ménage). Ce sont les frais de vêtements, d'entretien, d'éducation, notamment les leçons d'agrément qui constituent, selon l'état social du ménage une dépense d'instruction nécessaire (1); ce sont aussi les conventions passées avec les maîtres de pensions ou les précepteurs. Une réserve est à faire ici : nous considérerions comme rentrant tout naturellement dans l'objet du mandat domestique le fait par la mère de régler les notes de ceux qui s'occupent de l'instruction des enfants. Nous réserverions à l'action du père comme étant de son domaine privilégié les conventions premières avec les maîtres de pensions ou les précepteurs. Il nous semble que le choix d'un lycée avec ses conséquences dépasse l'objet du mandat dont il s'agit. Il n'en serait autrement que si le chef de famille était absent.

TITRE II

Etendue.

Quelle est l'étendue du mandat domestique? Ce que l'on peut dire de suite sans risquer la contradiction, c'est que le mandat présente certaines limites obligatoires.

(1) *Pandectes Franç.*, *Mariage*, t. I, n° 5. 157. Cf. *Gaz. Palais*, 1885. 1. 280.

Est-ce à dire que le mari doive payer toutes les dettes contractées par la femme pour les besoins du ménage? S'il s'agissait d'un mandat express, l'affirmative ne serait pas douteuse : le mandataire, ne faisant alors qu'exécuter les ordres du mandant, n'a pas à s'inquiéter si les dépenses sont nécessaires ou non. Il n'en est pas de même du mandat tacite.

Et la question délicate est précisément de déterminer ses limites forcées. La volonté du mari, comme précédemment, va servir de criterium. Mais comment connaître cette volonté qui sera presque toujours sous-entendue ou ne s'exprimera que très indirectement. Ici encore, sous les réserves préliminairement faites on doit arrêter le mandat tacite aux limites de l'obligation alimentaire du mari. C'est d'ailleurs l'opinion généralement admise par les auteurs et les arrêts. Voyez entre autres l'arrêt de la Cour de cassation du 7 juillet 1896 (1). « Attendu que le mari a seul le droit de percevoir les fruits et intérêts de la dot qu'il doit fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie. Que dans *ces limites* il est tenu de payer... » Donc, comme tout à l'heure, pour découvrir l'étendue du mandat présumé, il faut rechercher quelle est l'étendue de l'obligation d'entretien du mari.

Il y a tout d'abord ici une question de fait. Comme

(1) D. P. 1898. 4. 48. Cf. dans le même sens : G. P. 1899. 2. 597. Cf. pour la *Doctrine* ; entre autres auteurs : Laurent, *loc. cit.* n° 408.

L'exprime fort justement l'article 208 du Code civil parlant de la dette alimentaire en général, « les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit ». Le mari est tenu moyennant une dot de subvenir aux charges du mariage, mais de même que l'importance de la dot varie, les charges ne présentent pas la même surface dans tous les ménages ; cela dépend en première ligne de la classe sociale des époux. En dehors du strict nécessaire pour vivre, un ouvrier par exemple n'est pas tenu vis-à-vis de sa famille et de la société représentée par les fournisseurs aux mêmes obligations que son patron ; cela dépend aussi des lieux et des époques. Il est incontestable par exemple que de nos jours les exigences de l'individu ont beaucoup augmenté ; et ce que disait Portalis au corps législatif sera toujours vrai : « il faut distinguer deux sortes de nécessaire : l'absolu et le relatif. L'absolu est réglé par les besoins indispensables de la vie ; le relatif, par l'état des circonstances » (1).

L'article 214 lui aussi donne une limitation assez précise à l'obligation alimentaire du mari (2). « Le mari est

(1) Cf. égal. : D. P. 1891. 2. 260. « Les fournitures litigieuses ont été faites pour le renouvellement, à ce moment *relativement nécessaire*, de la garde-robe d'une femme élégante et dans un milieu d'opulence, qui comporte cette *nécessité relative*. »

(2) Cf. : D. P. 1896. 4^{re} partie. 133. « Considérant que le mari ne saurait être tenu que dans les limites de l'obligation qui lui incombait *conformément à l'art. 214* d'entretenir sa femme suivant ses facultés et son état. »

tenu... selon ses facultés et son état. » Cet article ne consacre que l'obligation du mari vis-à-vis de sa femme (M. Binet ne voit pas de raison sérieuse pour ne pas étendre ce criterium aux obligations du chef de famille à l'égard du ménage tout entier) (1). Les facultés, ce sont les ressources pécuniaires du mari, soit la fortune qu'il apporte à l'association conjugale, soit celle qu'il gagne dans la suite, en prenant en considération l'importance des charges de la famille et l'usage des temps. L'état du mari, ce sont ses ressources sociales, c'est le rôle qu'il joue dans la « société » ou dans le « monde », soutenu par ses antécédents, ses relations, son crédit et sa valeur personnelle. L'obligation alimentaire ne saurait donc s'arrêter aux mêmes limites pour tous les chefs de famille. Nous dirons même que le point d'arrêt pour le même chef peut se trouver avancé ou reculé d'après les circonstances à des époques différentes de sa vie sociale. C'est la même idée que l'on retrouve en droit allemand et en droit suisse. « L'ordonnance de Lippe, Detmold, par exemple, déclare que les affaires remises à la femme ne se peuvent déterminer d'une manière générale que selon la condition de chaque famille » (2).

L'étendue du mandat domestique s'appréciera en conséquence d'une part d'après les besoins du ménage, et

(1) Nous faisons à ce propos une réserve, et nous rappelons d'autre part ici ce que nous avons dit p. 22 sur l'obligation subsidiaire de la femme vis-à-vis des enfants.

(2) Binet. *loc. cit.*, p. 185.

d'autre part, d'après les ressources et la situation sociale de son chef. Pour la jurisprudence, lisez entre autres le jugement du tribunal civil de la Seine du 19 février 1897 : « attendu....., que cette présomption de mandat ne peut être invoquée qu'autant que les dépenses de la femme paraissent *indispensables* et qu'elles n'étaient pas hors de proportion avec la fortune des époux (1). »

Mais il ne faut pas oublier que la volonté du mari peut toujours se manifester et modifier en s'exprimant, l'étendue du mandat dans un sens comme dans l'autre. Voyez l'arrêt cité aux Pandectes françaises » : Le mari *n'est pas recevable* à refuser le paiement des fournitures..... alors qu'elles constituent des dépenses disproportionnées avec les ressources des époux, *s'il est constant qu'elles ont été connues du mari, et sinon autorisées au préalable, du moins acceptées postérieurement* (2).

En dehors des cas où le mari exprime ses intentions plus ou moins directement, c'est aux fournisseurs à apprécier jusqu'où peut aller le crédit ouvert à la femme, d'après la position sociale et la situation pécuniaire des époux (3); cette double appréciation est très difficile. Comment évaluer même approximativement les ressources du mari ?

« Le fournisseur ne pourra juger que sur les appa-

(1) G. P. 1899. 2. 597.

(2) *Pandectes. Mariage*, t. I, n° 5, 175. Cf. même sens : D. P. 1903. 4. 153, et *Rev. Trimestr. Droit civil*, 1903, n° 3, p. 662.

(3) Laurent. *loc. cit.*, t. XXII, p. 126.

rences, estimer que d'après certaines emplettes qu'on lui voit faire, et le train de maison qu'il affiche, M. X.... doit posséder certains revenus » (1). La situation du fournisseur vis-à-vis de la cliente est aussi délicate, et nous ne sommes pas à cet égard de l'avis de M. Binet déclarant : qu' « il est relativement aisé à un fournisseur de se renseigner sur la condition sociale d'une cliente (2). » Nous écrivions au contraire volontiers avec M. Basset :

« Dans les grandes villes surtout, il n'est pas toujours facile d'estimer si la condition d'une acheteuse motive des dépenses plus ou moins considérables — une élégance plus ou moins raffinée (3). » Les « esbrouffeurs » (4) deviennent multitude à notre époque d'arrivisme, et il y aura toujours des gens pour vouloir « paraître » (5) et pour jeter de la « poudre aux yeux ». Les fournisseurs ne peuvent donc juger que sur les apparences. Ils sont incapables de connaître la réalité.

C'est pour leur venir en aide lorsqu'ils sont de bonne foi, que l'on a décidé de leur donner action contre le mari, en vertu du mandat présumé, toutes les fois que le crédit consenti est en rapport avec ce qu'ils peuvent savoir de la situation des époux, même si la réalité, connue après coup, dément les apparences. Lisez entre

(1) Binet. *loc. cit.*, p. 84.

(2) Binet. *loc. cit.*, p. 84.

(3) Basset. *loc. cit.*, p. 280.

(4) *L'Esbrouffe*, de M. Abel Hermant.

(5) *Paraître*, de M. Maurice Donnay.

autres décisions celles du Tribunal civil de la Seine du 3 décembre 1895 (1), et du 15 avril 1897 (2) : « La femme est investie d'un mandat tacite du mari.... pourvu *que les dépenses ne dépassent pas les ressources apparentes du ménage*. La jurisprudence, au commencement du siècle dernier, était dans le même sens : « *Les fournitures doivent être analogues à l'état, à l'aisance, aux habitudes des époux* » (3). C'est d'ailleurs l'opinion de la majorité et de la doctrine (4).

La jurisprudence et la doctrine nous semblent ici avoir été entraînées par des considérations de pratique et d'équité un peu en dehors du véritable droit. Nous comprenons parfaitement les raisons de cette manière de juger. Nous comprenons le désir de protéger les fournisseurs, lorsque leur bonne foi a été surprise. Mais cette façon de voir est-elle bien juridique. Il nous paraît qu'on ne tient ainsi nul compte de la volonté du mari, ou tout au moins de ses intentions. Paraître avoir une grosse fortune et la posséder réellement sont deux situations bien différentes. On ne peut supposer que le mari, jouissant d'une petite aisance, donne à son épouse mandat de l'engager pour

(1) D. P. 1896. 2. 132.

(2) *La Loi* du 5 mai 1897. G. P. 1896. 1. 322 ; en sens contraire : D. P. 1896. 2. 133. D. P. 1907. 5. 2.

(3) Arrêt de la Cour de Rennes, 11 déc. 1813 (§ 1^{re} série, 4^e vol. 2. 308).

(4) Bouhier. Observat. sur la Coutume de Bourgogne, chap. XIX §§ 100 et 101. Aubry et Rau, t. V. § 509, texte et note 53 p. 341. Cf. égal.

des dépenses qui exigent beaucoup plus. Si, au lieu d'être un mandat tacite, basé sur la volonté arbitraire du mari, le pouvoir domestique de la femme était un mandat conféré à elle par une disposition légale, en dehors de cette volonté dont l'étendue devrait juridiquement s'apprécier d'après les « apparences », il n'y aurait aucune critique à adresser aux solutions jurisprudentielles ! Nous n'en sommes pas encore là (1) !

TITRE III

Mode d'exercice.

Comment le mandat domestique sera-t-il exercé par la femme dans les limites reconnues ?

Le mode d'exercice sera différent, suivant que le mari aura ou non remis à sa femme l'argent nécessaire pour subvenir aux besoins du ménage.

Dans le premier cas — qui se présentera en principe

(1) Qu'arrivera-t-il dans les cas où l'action née du mandat ne sera pas accordée aux fournisseurs ? Pourront-ils exercer l'action *de in rem verso* contre le mari, comme ils le peuvent dans le cas d'un régime de séparation de biens ? Nous ne le croyons pas. Voyez d'ailleurs Binet, *loc. cit.*, p. 119 : « Ainsi ont prononcé toutes les décisions judiciaires qui annulent ou réduisent pour excès des dettes de fournitures contractées par la femme au delà de la part raisonnablement due par le mari. Elles n'admettent pas plus l'action *de in rem verso* que l'action de mandat ». Cf. pour la jurisprudence : G. P. 1895. 1. 469 ; G. P. 1899. 2. 597.

en cas de présence du mari au foyer — la femme agit au comptant, tant qu'elle a entre les mains des fonds suffisants, elle ne fait pas de dettes. Il est donc indifférent aux fournisseurs de savoir qui doit en répondre. Une seule question alors se pose à notre avis. La femme mandataire de son mari, doit-elle lui rendre compte de l'argent remis? Nous croyons que la réponse dépend du sens que l'on donne au mot « reddition de comptes ». Sans doute on ne peut contester au mari le droit d'exiger... des renseignements sur l'emploi de l'argent, mais ce qu'il ne peut demander, c'est à la fin de la mission ménagère de l'épouse ou à des époques très éloignées, un compte rendu d'ensemble en formes régulières et avec pièces justificatives ». Nous savons bien qu'on pourrait invoquer contre cette opinion l'article 1993 du Code civil : « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion... » mais cet article ne s'applique-t-il pas plutôt au mandat express, procuration, qu'au mandat tacite en général et qu'à celui de la femme mariée en particulier? La femme accomplit les actes du mandataire — actes courants — sous les yeux du mandant, et par suite de l'intimité qui existe entre ces personnes juridiques, la reddition de comptes s'accomplit toute seule, en quelque sorte, mathématiquement. Remarquez d'ailleurs comment les choses se passent dans la pratique. Le mari remet par mois une certaine somme, établie d'avance entre eux, pour les dépenses du ménage, à la femme. Celle-ci, pour réclamer de nouveaux fonds, en cas de nécessité, devra expliquer

au mari sa demande prématurée. Si le mois s'écoule sans appel de fonds, le mari, au commencement du suivant mois, renouvelle la somme et tout est dit.

Dans le second cas, si le mari n'a pas remis de fonds, ou si ceux qu'il a versés entre les mains de l'épouse sont insuffisants, celle-ci n'agit plus au comptant. Elle prend à crédit les fournitures indispensables à la vie. Si ce moyen est impossible ou s'il lui déplaît elle devra se procurer par une autre voie l'argent nécessaire, qu'elle dépensera ensuite au comptant. Ce qui revient à dire que dans ces circonstances, on reconnaît à la femme des pouvoirs de représentation plus larges. Le mari, par sa façon d'agir, est censé les lui avoir accordés.

Quels sont ces pouvoirs ? La femme peut arrêter les comptes des fournitures et signer des reconnaissances de dettes. La question n'est pas discutée (1). Lisez notamment l'arrêt de la cour de Genève du 4 avril 1881 : « Le mandat tacite comporte par lui-même pouvoir de reconnaître et d'arrêter le montant et le prix des fournitures livrées. Dès lors, les règlements de comptes, faits par la femme pour ces fournitures, ont la même force et produisent les mêmes effets que s'ils émanaient du mari lui-même » (2). Une question très discutée au contraire, est celle de savoir si, pour se procurer les fonds nécessaires, la femme peut en vertu du mandat tacite, recourir

(1) Binet. *loc. cit.*, p. 72. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 340, etc., etc.

(2) Cf. égal. : Rouen, 3 juillet 1893 ; Evreux, 14 janvier 1896.

à l'emprunt ; sans parler de l'arrêt de la Chambre civile de Vouziers (1), qui valide un emprunt, mais en s'appuyant sur la thèse de l'autorisation tacite, il existe sur ce point deux arrêts typiques : c'est celui de Caen, du 18 mars 1853, qui décide que le mari ne saurait être tenu de payer les sommes prêtées par un banquier à sa femme, même si les sommes ne sont pas exagérées. Un banquier ne peut être assimilé à un fournisseur d'aliments ou d'objets nécessaires aux besoins de la vie (2). C'est en sens contraire l'arrêt de Cassation du 17 décembre 1901, qui valide les emprunts litigieux en déclarant « qu'ils ont été contractés pour l'entretien du ménage et qu'à cet égard, la dame D. devait être considérée comme ayant reçu un mandat tacite de son mari » (3).

Que décider, devant deux décisions aussi diamétralement opposées ? Il nous semble que pour valider ou non l'emprunt fait par l'épouse, il faut se demander si dans les circonstances le mari aurait agi ainsi ou non. L'emprunt doit être validé — à notre avis — si l'on peut supposer qu'il n'a pas été pour le mari plus onéreux qu'un achat à crédit. Or, remarquez que l'emprunt entraîne toujours avec lui le paiement d'intérêts, et dire avec M. Binet que : « l'épouse a le droit, voire même le devoir, de recourir à des prêteurs de deniers, en promettant

(1) D. P. 1873. 1. 63.

(2) Arrêt déjà cité.

(3) Arrêt déjà cité.

même des intérêts » (1). c'est peut-être conforme aux nécessités pratiques de la vie, mais c'est loin d'être en harmonie avec la théorie d'un mandat, soumis à l'arbitraire du mari.

(1) Binet. p. 73.

CHAPITRE IV

EFFETS

Le mandat est un contrat qui exige des obligations de la part des parties contractantes et qui produit également des effets vis-à-vis des tiers. Ainsi doit il en être du mandat domestique en particulier.

TITRE I

Effets du mandat entre les époux.

On sait que le mandataire est essentiellement obligé de rendre compte de sa gestion au mandant : nous ne revenons pas sur la question déjà examinée de savoir si la femme, mandataire domestique de son mari, est tenue à cette obligation (1).

On sait, d'autre part, que vis-à-vis du mandant le mandataire répond non seulement de son dol, mais en-

(1) Cf. plus haut, p. 58.

core des fautes qu'il peut avoir commises dans sa gestion. Ainsi dispose l'article 1992 du Code civil, *in initio*. Cet article est en harmonie parfaite avec l'article 1137, où se trouve la théorie générale des fautes. M. A. Dade fait très justement remarquer que « la responsabilité du mandataire est absolument indépendante de la nature et du caractère des fautes commises dans la gestion. Aussi il n'y a pas à distinguer sous ce rapport les fautes *in committendo* et les fautes *in ommittendo*... Le mandataire manque également à son obligation, soit en faisant ce qui lui est défendu, soit en ne faisant pas ce qu'il doit faire » (1).

On sait enfin que l'article 1992, 2^e alinéa, ajoute ; « Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est applicable moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. » Cela se comprend, et c'est au fond la règle. Le contrat de mandat doit être considéré, par sa nature, comme un contrat de bienfaisance. Ce caractère lui était déjà reconnu dans l'ancien droit et l'article 1980 le confirme, en édictant que « le mandat est gratuit, s'il n'y a pas de convention contraire ».

Voilà le droit commun.

Des raisons excellentes ont fait admettre à la majorité

(1) A. Dadé. *De la Représentation du mandat par le mandataire, en Droit français. Ses diverses applications suiv. la Jurisprud. belge.*

de la doctrine et de la jurisprudence (1) que, d'une manière générale, la femme, vis-à-vis du mari, ne doit pas être traitée comme un mandataire ordinaire, au sujet de la responsabilité.

D'abord, dit-on, le mari est obligé de gérer. Il devrait s'acquitter en présence de cette charge. S'il délègue sa femme pour la remplir, c'est à ses risques et périls — très bien. Mais si le mari est obligé de gérer, il peut donner à sa gestion la forme qu'il lui plaît. Il lui est loisible de gérer par mandataire ; il est naturel et même plus qu'il choisisse pour ce rôle sa femme, dont il a pu apprécier les qualités et qu'il tient à sa disposition, sous sa surveillance immédiate. La femme est libre de refuser le mandat offert, sauf au tribunal, quand elle l'accepte, d'apprécier si en fait elle n'a pas eu l'indépendance nécessaire. On doit donc, il nous semble, appliquer à ce mandat, semblable à tous les autres, les règles semblables de l'article 1992 du Code civil. La femme doit donc, comme tout mandataire, être déclarée responsable vis-à-vis du mari de son dol et de ses fautes, d'autant plus qu'en restant dans les limites du droit commun avec le 2^e alinéa de l'article 1992, on peut modérer beaucoup l'étendue et la gravité de cette responsabilité. Le mandat de l'épouse est essentiellement gratuit ; par la force des choses et même ici la gratuité présente un caractère tout spécial

(1) Guillouard. *loc. cit.*, nos 876 et 791 ; Aubry et Rau. *loc. cit.*, p. 331. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. *loc. cit.*, n^o 501.

en face des relations qui unissent mandat et mandataire.

La femme, dit-on encore, est une incapable, soumise à l'autorité maritale. Le mari est chargé par la loi d'être son protecteur. Il doit la garder des erreurs que son inexpérience des affaires l'entraînerait à commettre. Il ne peut donc logiquement la rendre responsable de fautes dont il est tenu de lui éviter les conséquences défavorables. Très bien. Mais le mari, en donnant mandat à la femme, la relève précisément de son incapacité et l'autorise à jouer un rôle qu'il la croit capable de remplir avantageusement. Nous dirions même que la question d'incapacité ne devrait même pas être posée puisque c'est le mari, mandant, qui s'oblige et d'ailleurs si la femme acceptait avec l'autorisation maritale, un mandat pour le compte d'autrui, viendrait-il à l'idée de prétendre avec quelque chance de raison que la femme ne fut pas responsable de sa gestion vis-à-vis le tiers mandant ?

On justifie aussi la faveur faite à la femme en cette matière par la confiance et l'affection des époux, et l'on soutient d'une manière générale que le caractère matrimonial des relations entre les parties doit modifier entre eux les règles normales des contrats. « On peut le soutenir, écrit M. Basset (1), mais ce reproche, à supposer qu'il soit mérité, va à l'adresse du législateur et il est particulièrement curieux de voir émettre une pareille opinion au sujet d'un contrat, dont la validité entre époux

(1) Basset. *loc. cit.*, p. 278 et suiv.

n'est pas contestée, et par ceux mêmes qui d'ordinaire valident les contrats entre époux. Pourquoi donc ici spécialement rechercher, en faveur de la femme, une protection à laquelle la loi n'a pas songé ».

Je sais bien que l'on invoque l'article 1990 du Code civil pour soutenir que cette exception au droit commun en faveur de la femme mandataire a été prévue. « Les femmes... peuvent être choisies pour mandataires... mais le mandant n'a d'action contre la femme mariée, et qui a accepté le mandat, sans autorisation du mari, que d'après les règles établies au titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux. » Pourquoi cet article, dit-on, applicable à la femme quand elle représente un tiers, ne serait-il pas applicable au cas où elle représente son mari ? Oui. Mais n'est-il pas très contestable que cet article 1990 comprenne précisément le cas d'un mandat conféré à la femme par son mari. Dans l'hypothèse prévue par cet article, la femme a accepté, sans autorisation du mari ; n'est-on pas en droit de dire qu'en donnant mandat à l'épouse, le mari l'a par le fait même autorisée à l'accepter, et ne se trouve-t-on pas ainsi en dehors du champ d'application de l'article 1990 du Code civil.

En résumé, malgré la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, il nous semble qu'il n'y a aucune raison juridique de placer sur le point en question la femme en dehors des règles du droit commun.

En est-il de même dans le cas particulier où la femme agit comme mandataire du mari, pour les contrats relatifs

aux besoins du ménage ! Il nous semble que oui. S'il y a une hypothèse où le mari gérant est en droit de déléguer ses pouvoirs à son épouse, c'est bien celle qui nous occupe. La femme est, mieux que personne, indiquée pour remplir la mission dont elle est chargée, et l'on serait particulièrement mal inspiré pour invoquer, dans l'espèce, son inexpérience et son incapacité pour l'exonérer des conséquences du droit commun et lui appliquer un régime de faveur, et cela d'autant plus à cause de la tendance actuelle des tribunaux, qui oblige le mari à répondre des obligations ménagères contractées par sa femme, s'il n'a pas, ou même s'il a prévenu les fournisseurs de sa volonté de refuser ou de révoquer le mandat présumé contre lui. Pourquoi ne pas appliquer à la femme la solution de l'article 2003 du Code civil. « La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers, qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre la femme.

Cependant, dans l'évaluation de la responsabilité de la femme, mandataire du mari pour les besoins du ménage, il y a deux coefficients, à notre avis, qui ont leur intérêt. C'est d'abord le caractère de gratuité du mandat, encore plus expressif ici que tout à l'heure, et c'est ensuite cette circonstance qu'il n'y a pas précisément offre de mandat de la part du mari, avec faculté pour l'épouse de la refuser. Il y a ici une double nécessité pratique et juridique qui règne en quelque sorte sur les intentions des parties contractantes,

TITRE II

Effet du mandat vis-à-vis des fournisseurs.

§ 1^{er}. — Recours contre le mari.

C'est l'application pure et simple du principe de la représentation juridique ; « Le représentant, écrit M. Pilon (1), est tout dans la formation du rapport de la représentation, puisque le lien direct entre le représenté et le tiers résulte du concours de sa volonté avec celle du tiers contractant. Après s'être substitué au représenté pour conclure le contrat, une fois que ce contrat est formé, il s'efface complètement, sa personnalité disparaît, son patrimoine reste en dehors des effets produits ; il n'acquiert pas de droits, il ne contracte pas d'obligations ». Le mari est le représenté, la femme le représentant. Donc les fournisseurs ont recours contre le mari représenté. D'ailleurs, ce résultat est très clairement acquis pour ceux qui se servent de l'art. 1420 pour fonder la théorie du mandat tacite : « Toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari est à la charge de la communauté, et le créancier n'en peut poursuivre le paiement

(1) Pilon. *Concours d'agrégation*, 1899, n° 28 du *Recueil*.

ni contre la femme, ni sur ses biens personnels ». Il n'y a pas de discussion possible sur ce point.

§ 2. — **Recours contre la femme.**

Tout le monde admet aussi que lorsque les époux sont mariés sous le régime de communauté, la femme, supportant par moitié les dettes communes, se trouve grevée par moitié des dépenses ménagères. Mais remarquez, en premier lieu, que si la femme est sujette de la part des fournisseurs à un certain droit de poursuite, c'est en tant que femme commune de biens, et non comme mandataire responsable. Mariée sous un autre régime, elle échapperait à cette poursuite. Remarquez, en second lieu, que cette responsabilité pécuniaire de la femme n'est que partielle (1), et que d'autre part elle n'existe pas pour elle dès la naissance de la dette. Le droit de poursuite des fournisseurs est retardé jusqu'à la dissolution de la communauté : Si la femme à ce moment-là est acceptante, cette poursuite ne pourra dépasser la part à prendre par l'épouse dans l'actif commun. C'est l'application de l'art. 1483 du Code civil. La femme qui a pris soin de faire inventaire, ne supporte les dettes communes que jusqu'à concurrence de son émolument. Si elle est renonçante, elle échappe définitivement à toute action de la

(1) Binet. *loc. cit.*, p. 320.

part des fournisseurs, puisque ce n'est qu'en tant que commune de biens qu'elle en était menacée.

Ce n'est pas tout. Certains arrêts acceptent bien le principe du mandat tacite, et par suite condamnent le mari à payer les dettes ménagères contractées par la femme ; mais ils n'en déclarent pas moins celle-ci — question de régime matrimonial à part — tenue des mêmes dettes. Il est évident que cette solution est tout à l'avantage des fournisseurs qui auront à leur disposition deux débiteurs au lieu d'un, la femme et le mari. Elle ne doit pas surprendre dans la manière de juger d'une jurisprudence que l'on a déjà vue favorable aux fournisseurs (1). Elle est au contraire désavantageuse pour la femme qui se trouve ainsi débitrice de fournitures qu'elle a eu l'intention de commander au nom de son mari. Il en résulterait peut-être pour elle un certain avantage moral. Obligée personnellement, elle posséderait peut-être ainsi une plus grande liberté d'action ; et encore ! Il ne faut pas oublier qu'en contractant elle oblige également le mari, non comme tacitement autorisée, ou comme associée, si l'on veut, mais comme mandataire ! En tout cas, on peut douter de la solution jurisprudentielle au point de vue juridique. Les décisions des tribunaux ne prononcent pas contre la femme une condamnation au même titre. Les unes la considèrent comme *tenue conjointement*. C'est notamment la disposition du jugement du tribunal

(1) Cf. plus haut : chap. III, titre II.

d'Aix du 3 mars 1887 (1). D'après ce jugement, l'obligation de la femme aurait sa source en ce que les fournitures ont servi à la parer et ont convenu « aux satisfactions d'amour-propre légitimement recherchées par elle ». Ce n'est pas un motif à proprement parler. Au fond, cette jurisprudence déclare la femme obligée, sans véritablement appuyer son appréciation.

D'autres décisions vont jusqu'à prononcer contre la femme une condamnation *solidaire*. Un jugement du tribunal de la Seine du 31 juillet 1881 (2) déclare que « les fournisseurs ont traité avec la femme dans la confiance que la dépense serait acquittée par elle tant que par le mari. » Voilà le motif de la solution. Mais, comme l'écrit M. Binet, « est-ce les espérances ou les illusions des fournisseurs qui vont modifier les effets du mandat. N'est-ce pas au contraire à ceux-ci à régler leur crédit d'après ces effets bien connus » (3) ? Il y a mandat ou non ! S'il y a mandat, et le jugement en question commence par le reconnaître, on doit se conformer aux conséquences qu'il entraîne.

D'ailleurs, selon l'article 1202 du Code civil, la solidarité n'existe entre co-débiteurs qu'en vertu d'une disposition légale qu'on ne trouve pas dans l'espèce, ou en vertu d'une stipulation expresse qui ne peut exister puisque tout se passe tacitement.

(1) D. 1891. 4. 158. Cf. égal. : G. P. 1894. 2. 426. C. P. 1899. 2. 597.

(2) D. P. 1857. 4. 142. Cf. égal. : G. P. 1901. 4. 682.

(3) Binet. *loc. cit.*, p. 106.

Un jugement du Tribunal civil de la Seine exprime très clairement les motifs pour lesquels il renvoie les fournisseurs de leur action contre la femme. « Attendu qu'elle n'était que mandataire tacite de son mari, que d'ailleurs elle n'aurait pu prendre d'engagement personnel valable sans l'autorisation de son mari » (1). C'est d'ailleurs l'opinion de la majorité des auteurs et des arrêts.

On pourrait enfin sans parler d'action personnelle née du contrat, reconnaître aux fournisseurs le droit de poursuivre la femme, en disant que cette dernière a profité des fournitures, à l'égal du mari. On donnerait ainsi aux fournisseurs l'action *de in rem verso* contre elle. Mais remarquez que ce serait là une fausse application de l'idée d'enrichissement aux dépens d'autrui (2), la femme profite, « naturellement » si l'on veut, de telles fournitures ; elle n'en profite pas juridiquement. Ce n'est pas elle, c'est au mari que la loi ordonne de satisfaire aux besoins de la famille, ce n'est donc pas elle, mais le mari légalement tenu de ces dépenses, dont le patrimoine se trouve enrichi, au sens de l'article 1375 du Code civil. C'est très nettement ce que décide l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 juillet 1896, déclarant : « qu'il n'est pas permis de considérer la femme comme s'étant enrichie du montant d'une fourniture, dont le mari était tenu vis-à-vis d'elle » (3).

(1) Trib. Civ. Seine, 7 Déc. 1899, P. F. 4902. 2. 30.

(2) Dans le même sens : Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*

(3) D. P. 1896 1. 18.

Nous concluons donc que, les fournisseurs, selon le principe reconnu de la représentation, ont recours contre le mari et contre lui seul.

CHAPITRE V

EXTINCTION. — SES CAUSES, SES EFFETS

TITRE I

Ses causes.

Pour qu'on puisse, en faveur des tiers-fournisseurs, présumer le mandat domestique contre le mari, il faut, nous l'avons vu, non seulement *vie commune*, mais *vie conjugale*, et nous avons laissé entendre, qu'à mon avis, il fallait *et vie conjugale et vie commune* (1). Dans ses conditions, que l'une de ces deux vies vienne à cesser, la présomption du mandat devra perdre toute sa valeur.

D'autre part, la volonté du mari, exprimée ou sous-entendue, est le principe directeur dans l'espèce. La présomption dont il s'agit devra donc disparaître, si le mari, après l'avoir reconnu, révoque le mandat, ou s'il dément son silence.

(1) Chapitre II.

§ 1^{er}. — Cessation de la vie conjugale.

Cette cause d'extinction du mandat présumé ne prête pas à la controverse. Chaque fois que la vie conjugale cessera, la présomption devra cesser avec elle. Ici les deux conditions nécessaires à son existence disparaissent à la fois. La cessation de la vie conjugale entraîne celle de la vie commune. On connaît les cas de dissolution du mariage en droit français. Ils sont fixés par l'article 227 du Code civil. Nous ne retenons que celui où le divorce est prononcé entre les époux. A ce propos, la question se pose de savoir à quel moment de l'instance s'éteindra la présomption du mandat, mais cette question peut aussi bien se poser au sujet de la séparation de corps et nous semble d'ailleurs plutôt du domaine du paragraphe 2 auquel nous arrivons maintenant

§ 2. — Cessation de la vie commune.

Il n'est pas ici question d'une séparation momentanée entre les époux, à la suite par exemple d'une absence plus ou moins prolongée du mari. Nous voulons parler d'une cessation de la vie commune, analogue à celle de la vie conjugale même, avec cette différence, juridique en quelque sorte, que le mariage n'est pas dénoué.

La doctrine et la jurisprudence — en grande majorité — considèrent que la révocation du mandat tacite ne résulte

pas *nécessairement* du fait que les époux vivent séparés (1). La jurisprudence étend même la présomption de mandat dans les cas de séparation de fait. Cependant la révocation du mandat domestique est alors admise dans certains cas. C'est d'abord lorsque la vie commune a cessé légalement. Dans une note au *Dalloz* 1891 (2), M. de Loynes examine la séparation de fait provisoire entre époux, à la suite de l'ordonnance du président, qui autorise le demandeur en divorce ou en séparation de corps à résider séparément. A ce propos, cet auteur distingue la cessation légale de la vie commune, dont cette séparation provisoirement ordonnée est un cas, et la cessation non légale de cette vie, et, tout en acceptant le principe des auteurs qui soutiennent que le mandat domestique ne peut survivre à une séparation de fait, M. de Loynes conclut que « le mandat prend fin du jour où la vie commune a cessé légalement », tandis que « il ne prend pas nécessairement fin, si au contraire, il n'existe entre les époux qu'une séparation de fait ». Remarquez d'ailleurs que si les fournisseurs ont ignoré le fait de cessation légale de la vie commune, ils conservent le droit d'agir contre le mari.

C'est ainsi encore que le mandat est considéré comme

(1) Pour les auteurs : Aubry et Rau, *loc. cit.*, par 509. texte et note. 51 ; Guillouard. II. 868 ; Rodière et Pont. t. II. n° 793. — Pour la jurisprudence : D. P., 1866. 2. 450 ; D. P., 1899. 3. 2. 309.

(2) D. P., 1891, 2. 257.

révoqué si la cessation non légale de la vie commune est imputable à la femme. « L'obligation pour la femme et l'obligation pour le mari de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire sont corrélatives ; dès lors, si la femme abandonne le domicile conjugal, elle n'a pas et le tiers qui a pourvu à ses besoins n'a pas davantage une action en remboursement de ses dépenses contre le mari (1). Rodière et Pont, parlant de l'abandon par la femme du domicile conjugal, écrivent : « La femme dans ce cas se place en dehors du droit commun ; elle ne saurait donc en avoir le bénéfice ». L'obligation du mari disparaît, avec elle doit disparaître le mandat qui n'était que le mode d'exécution présumé de cette obligation » (2). Si la séparation de fait est imputable au mari, soit qu'il abandonne sa femme et ses enfants, soit qu'il refuse de les recevoir au domicile conjugal, soit qu'il tolère leur abandon, le mandat tacite n'est pas révoqué. « Attendu que le sieur M. a refusé de recevoir la dame M. au domicile conjugal ; qu'il s'agit en somme d'une séparation de fait non reconnue par la loi, et que partant en dépit de la disjonction des résidences, l'obligation d'entretien au cité et le mandat tacite doivent être considérés comme existant toujours » (3).

(1) *Le Droit*, du 5 octobre 1907, dans le même sens : D. P., 1874. 1. 453. D. P., 1891. 2. 257.

(2) Rodière et Pont, *loc. cit.*, dans le même sens notamment, note dans D. P. 82. 1. 362.

(3) D. P., 1905. 2. 249. Cf. égal. : Table des 22 dernières années. V^o *Communauté*.

On admet enfin une dérogation au « mandat tacite », quand il existe une séparation de fait notoire entre les deux époux et que le mari sert à sa femme une pension alimentaire suffisante (1). Mais si l'une de ces deux conditions fait défaut, la présomption de mandat subsiste « attendu qu'à la suite d'une séparation amiable est intervenue une convention par laquelle le mari s'obligeait à payer à sa femme une somme de... que cette convention exclut l'idée de mandat tacite, *mais* que cette convention n'était pas connue des tiers (2). Que même, si le mari garde pour lui les revenus du ménage et laisse sa femme sans ressources (3), ou si le mari crée une situation confuse, ayant les apparences de la vie commune (4), la femme conserve — en vertu du mandat tacite subsistant — le pouvoir de l'obliger par ses dépenses ménagères, malgré la séparation de fait.

En résumé, d'après la doctrine et la jurisprudence, le mandat domestique n'est révoqué nécessairement qu'au seul cas de cessation légale de la vie commune, et que, si la vie commune au contraire cesse non légalement, cette révocation ne se produit qu'autant que le mari est ou s'est libéré de son obligation alimentaire, et encore à con-

(1) D. P., 1899. 2. 309.

(2) D. P., 1866. 2. 150.

(3) Jurisprud. générale. V^o *Contrat de Mariage*, n^o 1012. Cf. égal. D. P. 1906. 1. 14.

(4) D. P. 1896. 2. 280.

dition que la bonne foi des fournisseurs ne soit pas surprise (1).

On comprendrait la distinction établie entre la cessation légale ou non de la vie commune, si le mandat domestique était un mandat légal, qui, ayant une origine uniquement juridique, pourrait cesser par l'effet unique de la loi ; l'effet du mandat disparaîtrait avec sa cause : « *cessante causa, cessate effectus* ». Loin de là, pour tous les auteurs et pour tous les jurisconsultes, pour M. de Loynes même, malgré son expression énigmatique (2), notre mandat français n'est que tacite, librement conféré à la femme par le mari, dans les limites qu'il convient à celui-ci de déterminer. Pourquoi dès lors distinguer si la vie en commun a cessé légalement ou non ? Et si la présomption de mandat s'évanouit avec la cessation légale de la communauté d'existence, sa disparition, à notre avis, repose sur des motifs qui n'ont aucun rapport avec une décision judiciaire quelconque et qui se retrouvent au jour d'une simple séparation de fait.

La vérité est que, dès l'instant où la vie commune a cessé, légalement ou non, à la volonté de l'un des époux ou conventionnellement, parce qu'elle leur est devenue insupportable, par exemple, la présomption de mandat ne peut plus être invoquée par les fournisseurs créanciers contre le mari, pour la bonne raison que dès cet instant il est

(1) Cf. cep. Rodière et Pont. *loc. cit.*, n° 793

(2) D. P. 1891. 2. 257 déjà cité. — M. de Loynes écrit : « Un mandat ne peut être à la fois tacite et conféré par la loi, c'est-à-dire exprès. »

invraisemblable de supposer son existence. « Le mandat, écrit Laurent (1), se forme par le concours des consentements. Comment y aurait-il concours de volontés là où les sentiments sont discordants et hostiles ? »

Ecoutez également M. Binet : « dire que le mari, qui exige ou qui consent que sa femme vive séparée de lui, persiste à lui laisser le pouvoir de passer en son nom tous les actes d'entretien, nous paraît un contre-sens. Si le fait de la séparation manifeste chez lui quelque intention, cela ne peut être que celle de se désintéresser désormais du sort de sa femme, de la laisser se pourvoir elle-même aux besoins de son existence (2). »

Nous ne disons pas, ce qui serait absurde, que le fait de la séparation, sauf le cas particulier où la femme n'exécute pas son obligation, décharge le mari de la sienne ; nous disons que dans de telles circonstances, on n'est plus fondé juridiquement et logiquement, à présumer un mandat, comme mode naturel et pratique de cette obligation. Il peut d'ailleurs se faire qu'il intervienne entre les époux, au moment de leur séparation, une convention aux termes de laquelle le mari s'engage à subvenir aux besoins de sa femme au moyen d'une pension alimentaire, ou par l'abandon de la jouissance d'une certaine partie des biens conjugaux.

Doit-on considérer cette hypothèse comme une excep-

(1) Laurent. *loc. cit.*, t. XXII, § 109. Cf. dans le même sens : Toullier, t. XII, n° 272. Basset. *loc. cit.*, p. 284.

(2) D. P., 1905, note déjà citée, 2. 249.

tion à l'extinction du mandat (1)? Ne doit-on pas plutôt dire, avec M. P. Binet « que si cette convention manifeste une volonté chez les époux (et particulièrement chez le mari), c'est de rompre leur union économique précédente, et par suite le mandat tacite qui en découlait (2). »

Reste l'objection tirée de la protection des tiers de bonne foi.

On retrouve ici de la part de la jurisprudence la préoccupation déjà signalée au sujet de l'étendue du mandat domestique.

Remarquez l'analogie de l'arrêt de la Cour de Riom du 6 août 1895 (3), parlant des *apparences* de la vie commune et le jugement du tribunal civil de la Seine du 3 décembre 1895 qui veut que « les fournitures n'aient rien d'exagéré à l'égard de la situation *apparente* du ménage ». A notre avis, au contraire, la situation des fournisseurs n'est pas du tout la même dans les deux cas. Nous verrons qu'elle est beaucoup moins compromise en cas de séparation de fait.

D'ailleurs, nous ne comprenons pas l'arrêt de la Cour de Riom. Le mari, loin de protester contre l'éloignement de sa femme en la sommant de réintégrer le domicile con-

(1) D. P., 1905, note déjà citée. 2. 249 ; Cf. égal. : D. P., 1896. 2. 133.

(2) Binet. *loc. cit.*, p. 55. Cf. égal. : Aubry et Rau, t. V, § 509; Guillouard, t. II, n° 870 ; D. P., 1866. 2. 150 ; D. P., 1875. 2. 41.

(3) D. P., 1896. 2. 280.

jugal, a, selon cette décision, à s'imputer d'avoir volontairement créé une situation mal définie et confuse, ayant aux yeux de tous les apparences de la vie commune. Où voit-on dans les relations matrimoniales quelque apparence de communauté d'existence ?

Voilà une femme qui abandonne son mari, voilà un mari qui, loin de protester contre cet abandon, ne tente aucune démarche amiable ou judiciaire pour ramener sa femme à son domicile. Loin de voir là les apparences de vie commune, nous y trouvons tous les éléments réels d'un commun désintéressement. Si le mari, dans certaine hypothèse spéciale, avait réellement volontairement créé des apparences de vie commune aux yeux des fournisseurs de bonne foi, on pourrait peut-être alors assimiler à la réalité cette communauté d'existence fictive, ou s'il y avait faute du mari, au sens juridique du mot, peut-être pourrait-on accorder contre lui, aux tiers, une action personnelle dérivant de l'article 1382 du Code civil, mais ce n'est pas notre hypothèse.

D'ailleurs, « il incombe aux tiers de connaître la condition des personnes auxquelles ils font des fournitures à crédit. » Le fournisseur qui livre sa marchandise sans paiement en retour, commet une imprudence professionnelle, si l'on veut, mais une imprudence malgré tout. Il doit donc l'entourer de toutes les précautions susceptibles de rendre pour ses affaires le danger moins fatal.

Et nous concluons en disant que la cessation de la vie soit

conjugale, soit commune entre époux, entraîne avec elle l'extinction du mandat domestique sur lesquelles il repose.

§ 3. — Révocation ou démenti (de la part du mari).

La volonté du mari peut à l'égard du mandat se manifester de deux façons fort différentes. Le mari peut avoir confirmé par des actes ou des paroles le mandat que l'on supposait jusque-là tacitement conféré par lui ; s'il exprime ensuite une volonté contraire, il y aura à proprement parler révocation et révocation expresse. Mais le mari peut n'avoir pas confirmé le mandat présumé. Il n'avait rien dit et il parle : il pourrait s'exprimer dans un sens comme dans l'autre, et il se trouve qu'au lieu de répéter tout haut ce qu'il était présumé avoir dit tout bas, il dit précisément le contraire : il y a démenti ; il n'y a pas révocation.

Rien d'ailleurs ne s'oppose à cette révocation ou à ce démenti. Le mari a librement concédé à sa femme le pouvoir de l'engager dans certaines limites pour les besoins du ménage. Il est donc également libre de restreindre ou même de supprimer cette concession. Il est également en droit de démentir son silence et de faire remarquer par exemple qu'il n'a jamais entendu permettre à sa femme de prendre des marchandises à crédit. Ce n'est d'ailleurs que l'application de l'article 2003 du Code

civil « tout mandat est révocable à la volonté du mandant », et peut-être est-ce encore plus vrai pour le mandat domestique, si l'on songe à la jurisprudence qui admet à son étendue des limites bien souvent contraires aux réelles intentions du mari. Il faut donc que celui-ci puisse préciser sa volonté, et cela qu'il ait ou non, vis-à-vis des tiers, reconnu antérieurement le mandat présumé. Seulement, dans le premier cas, il y aura révocation de sa part ; dans le second, il y aura démenti et non révocation d'un mandat qui réellement n'a jamais existé.

L'intérêt de cette distinction est capital, à notre avis. Au cas où il y a vraiment révocation du mari, on doit sans nul doute, appliquer l'article 2003 du Code civil : « La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation. » Mais au cas de simple démenti, comment invoquer ce texte ? Il n'y a pas révocation. — Comment exiger du mandant une notification aux tiers pour une révocation qui n'existe pas. « Ceux-ci ne peuvent d'ailleurs, tant que le mari n'a pas confirmé ou exécuté le mandat, compter fermement sur son existence : ils savaient qu'il est simplement présumé, d'une présomption réfragable, et doivent toujours s'attendre à un démenti de la part du mari (1). »

(1) Binet, *loc. cit.*, p. 99.

La jurisprudence anglaise admet très clairement cette distinction (1).

La présomption que la femme reçoit de son mari le pouvoir d'engager le crédit de celui-ci pour les objets nécessaires et convenables à son rang, disparaît par la preuve que le mari a défendu à sa femme d'engager son crédit et il n'est pas nécessaire que le mari ait averti le réclamant de cette défense (2). Si, au contraire, le mari avait autorisé le négociant à supposer qu'il avait sanctionné les marchés en les payant ou d'autre façon, il pourrait très bien être prétendu qu'il aurait donné une telle preuve de l'autorisation que s'il la révoquait, il serait obligé de le faire savoir au négociant, et à tous ceux qui avaient agi sous la foi de son autorisation et de sa sanction (3).

La jurisprudence française au contraire a confondu ces deux hypothèses bien distinctes pour leur appliquer indifféremment une condition de publicité, qui ne convenait qu'à la seconde. Elle a oublié qu'elle se trouvait en face d'une simple présomption d'existence et non, comme l'affirme à tort le jugement du tribunal de Vouziers du 24 avril 1893 (4) devant un mandat « existant à l'égard des tiers, tant qu'il n'a pas été publiquement révoqué par le mari ».

(1) Jolly, C. Rus. 15 C. B. V. S. 628; 33 L. I. C. P. 177.

(2) Bertheau, thèse 1902. t. VIII.

(3) Observat. du juge dans l'Aff. Debendhaye contre Mellan, citées par Bertheau. p. 112.

(4) C. P., 1896. 1. 322

La jurisprudence est même allée plus loin. Un arrêt de la cour de Dijon (1) a prétendu, malgré une révocation en forme de la part du mari, maintenir la présomption du mandat, et cela, sous prétexte que « le fournisseur invoquait à juste titre certaines raisons de convenance et d'humanité qui lui prescrivaient d'user de ménagements à l'égard d'une femme à l'imagination exaltée ». Cet arrêt fut d'ailleurs cassé par la Chambre civile de la Cour de Paris qui jugea avec raison « que de pareilles protestations et défenses dont la précision exclut toute ambiguïté rendent inadmissible toute présomption d'un mandat que le mari aurait tacitement donné ou continué à sa femme.

Il nous reste maintenant à examiner comment, dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, le mari fera connaître aux tiers sa volonté. Les arrêts consacrent deux systèmes : le premier consiste à exiger des notifications individuelles à chaque fournisseur. La majorité de la doctrine est en ce sens (2). Le second se contente de notifications générales au moyen de la presse (3). Malgré le partage des arrêts, on peut dire qu'une majorité se dessine pour l'avertissement individuel, sauf dans le cas où

(1) D. P., 1874. 4. 153.

(2) Guillouard. *loc. cit.*, t. II, n° 867 ; Aubry et Rau. *loc. cit.*, t. V, § 509, textes et notes 56 et 57 ; Demolombe. *loc. cit.*, t. II, n° 170 ; pour la jurisprudence, D. P. 1869. 4. 132 ; D. P. 1874. 4. 153.

(3) *La Loi* du 15 oct. 1889. (Trib. Pontoise, 4 juillet 1889). Cf. ég. : Civ. Cassat. 12 janvier 1874.

les époux habitent une petite ville. On pourra alors admettre que l'avertissement par la voie des journaux est suffisant, car il a dû être connu des fournisseurs. Dans une agglomération restreinte tout se sait mieux que dans un centre très populeux.

Ces deux systèmes sont d'ailleurs aussi défectueux. Le premier est impraticable, précisément dans une grande ville, où l'on semble vouloir l'exiger : « Si les fournisseurs, avertis individuellement, refusent de servir la femme, elle s'adressera ailleurs (1). » Il est impossible à un mari de notifier sa décision à tous les fournisseurs, même de son quartier, à plus forte raison à ceux des autres quartiers de Paris par exemple. Et quant aux annonces par journaux, elles ne peuvent aussi avoir d'efficacité qu'à la campagne ou dans de petites villes, où tout le monde se connaît. En admettant que le mari ait fait le nécessaire, les fournisseurs pourront toujours alléguer qu'ils n'ont pas reçu de notification individuelle ou qu'ils n'ont pas lu le journal avertisseur.

TITRE II

Ses effets.

§ 1^{er}. — Cessation de la vie commune.

Si, comme nous avons essayé de le prouver, la pré-

(1) Pettré. *loc. cit.*, p. 103.

somption de mandat disparaît avec la cessation de la vie commune, les fournisseurs ne peuvent donc plus agir contre le mari par l'action née du mandat. Mais de cela faut-il conclure, sans plus chercher, qu'il ne reste aux tiers intéressés aucun recours ni contre le mari, ni contre la femme avec qui ils ont traité.

a) *Recours contre le mari.*

Il faut distinguer ici deux cas : le mari, après la séparation intervenue entre les époux, reste-t-il tenu ou non de son obligation alimentaire vis-à-vis de sa femme, ou si l'on veut, plus largement vis-à-vis de la famille ? Résultat qui, comme nous venons de le voir, dépend de la cause de cessation de la vie commune.

Si le mari ne reste pas tenu de son obligation d'entretien, les fournisseurs en passant avec la femme les contrats ménagers et en lui procurant ce qui est nécessaire à l'existence de la famille, ne peuvent pas être autorisés à agir comme ayant fait l'affaire du mari dégage. Ils n'ont plus droit de s'adresser à lui pour être remboursés de leurs avances. Il n'y a pas profit pour le mari. L'action *de in rem verso*, fondée sur le principe d'équité, n'est pas dans son champ d'application. Les fournitures sont peut-être de celles que l'époux aurait le droit d'exiger dans d'autres circonstances, mais la question importe peu, et il n'y a pas non plus à se préoccuper de savoir si le mari a lui-même acquitté ou non d'autre

façon une dette alimentaire à laquelle il n'est plus régulièrement tenu. Ce résultat se produira en première ligne lorsque la cessation de la vie commune est due à la femme. Dans ce cas, le mari est libéré de son obligation d'entretien à son égard : les fournisseurs ne pourront donc pas exercer contre lui l'action *de in rem verso*. Mais les torts de la femme ne peuvent avoir pour effet de faire disparaître l'obligation alimentaire du père vis-à-vis de ses enfants. L'action *de in rem verso* ne doit donc pas disparaître pour ce qui est des fournitures faites à la femme séparée pour les besoins de sa famille (1). Cependant, un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 7 mars 1907 déclare que la mère qui emmène l'enfant pour vivre avec elle hors du domicile conjugal, assume par ce fait l'obligation d'assurer seule son entretien.

Le mari est encore libéré de son obligation alimentaire dans le cas où la séparation de fait résultant d'une demande en séparation de corps ou en divorce, la femme quitte la résidence à elle assignée par l'ordonnance du président du Tribunal. C'est l'application pure et simple de l'article 244 du Code civil, modifié par la loi du 18 avril 1886 : « La femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée toutes les fois qu'elle en est requise. A défaut de cette justification, le mari peut lui refuser la provision alimentaire. » Plus d'obliga-

(1) D. P., 1889. 2. 243 ; Sirey. *Code civ. Annot.*, art. 214 ; Cour d'Appel de Douai, 7 mars 1907. *Le Droit*, 5 oct. 1907.

tion pour le mari ; plus d'action *de in rem verso* contre lui pour les fournisseurs.

A contrario ceux-ci devraient logiquement conserver leur droit à l'action *de in rem verso*, lorsque la femme ne quitte pas la résidence assignée : dans ce cas, en effet, le mari reste tenu de son obligation alimentaire. Il faut reconnaître cependant que la presque unanimité de la jurisprudence refuse alors aux fournisseurs l'exercice de l'action *de in rem verso*, leur offrant diverses compensations. Le jugement de Versailles du 16 juillet 1873 entre autres, confirmé le 11 mai 1874 (1), déclare que s'il est vrai qu'aucun lien de droit n'ait été formé entre le mari et le tiers fournisseur, et qu'en conséquence ce dernier soit privé de toute action directe contre le mari, il peut néanmoins exercer contre celui-ci l'action qui appartient à la femme, sa débitrice ; c'est donc l'action oblique de l'article 1166 du Code civil que cette jurisprudence, à défaut de l'action *de in rem verso* accorde aux fournisseurs.

Mais on est en droit de se demander si l'application de l'article 1166 est légitime dans le cas qui nous occupe. Le mari reste bien tenu ici de son obligation alimentaire, et cette circonstance permettrait l'exercice de l'action *de in rem verso*, mais si elle est nécessaire également pour l'exercice de l'action oblique, elle n'est pas suffisante. L'article 1166 dispose en effet : « Néanmoins, les créan-

(1) D. P., 1875. 2. 41. Cf. : G. P., 1902. 1. 67.

ciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur *débiteur*..... » Or, la femme est-elle *débitrice*, comme le veut l'article 1166 et comme le voudrait le jugement précité. On peut en douter. N'étant plus considérée comme mandataire de son mari s'engageant valablement vis-à-vis des fournisseurs et devenant alors réellement leur débitrice, il lui faudrait pour atteindre le même résultat l'autorisation maritale dont elle n'est pas munie.

Lorsque, loin d'être due à l'épouse la séparation de fait incombe au mari, soit qu'il abandonne le domicile conjugal, soit qu'il en renvoie la femme, ou — ce qui revient au même — qu'il lui en rende le séjour impossible, l'obligation d'entretien subsiste pour lui sans nul doute, et par conséquent *a contrario* de la première hypothèse envisagée l'action de *in rem verso* est applicable contre lui. Reste à savoir si dans l'espèce présentée au tribunal elle pourra être appliquée (1). On se trouve alors dans la même situation d'appréciation que pour l'action née du mandat lorsqu'il est présumé exister. Ainsi pour que l'action de *in rem verso* puisse être admise contre le mari, il faut que les fournitures livrées soient exigibles par la femme suivant les règles que nous avons indiquées, et en second lieu il faut que le mari n'ait pas acquitté d'une autre façon par lui-même la dette alimentaire dont il est tenu. Dans le premier cas le mari ne serait plus obligé, et dans le second le fournisseur

(1) D. P., 1904. 2. 239.

n'aurait pas fait « l'affaire » du mari, puisque ce dernier se serait lui-même chargé d'y pourvoir.

b) *Recours contre la femme.*

L'article 1312 du Code civil s'exprime ainsi : « Lorsque... les femmes mariées sont « admises » à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été en conséquence payé pendant... le mariage, ne peut être exigé à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à *leur profit*. »

S'inspirant sans doute de cette disposition légale, Rodière et Pont écrivent : « Toutes les fois qu'un motif quelconque doit faire décharger le mari, les marchands ont sans contredit contre la femme l'action de *in rem verso*. Elle a profité de ces acquisitions, elle doit tenir compte du prix (1). »

Deux conditions sont donc nécessaires d'après ces auteurs pour l'admission de l'action de *in rem verso* contre la femme. La première, c'est qu'un motif quelconque ait fait décharger le mari. Comme l'écrivent Aubry et Rau (2), « l'action de *in rem verso* doit être admise d'une façon générale, comme sanction de la règle d'équité, qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui,

(1) Rodière et Pont., *loc. cit.*, 797, cité par Binet, *loc. cit.*, p. 126.

(2) Aubry et Rau. *loc. cit.*, § 578, p. 246. Cf. ég. : D. P., 1899. 1. 105 ; D. P., 1901. 2. 1. et note de Poncet.

dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichie au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat ou d'un délit ».

Si donc le mari n'est pas déchargé, ou s'il n'a pas acquitté son obligation d'une autre façon, le fournisseur, ayant recours contre lui par suite d'un quasi-contrat ne peut exercer contre la femme l'action de *in rem verso*.

La deuxième condition, corrélatrice d'ailleurs à la première, est que la femme doit avoir profité de ces acquisitions. Mais il s'agit précisément de savoir ce que l'on doit entendre par cette expression « profiter ». Nous rappellerons ce que nous avons dit plus haut à propos des effets du mandat tacite. Pour que le fournisseur puisse exercer contre la femme l'action de *in rem verso*, un profit matériel à son égard ne suffit pas. Il faut un profit juridique. Or ce profit n'existera pour la femme que si le mari est régulièrement déchargé de sa dette alimentaire ou, — ce qui revient au même — s'il s'en est acquitté d'une autre façon.

Il y a plus. Lorsque, pendant une instance en divorce ou en séparation de corps, la femme a été autorisée à vivre hors du domicile conjugal, la jurisprudence lui a souvent reconnu la capacité de s'obliger par ses contrats domestiques. Le fournisseur aurait donc suivant ces arrêts un recours direct contre la femme responsable. Il est évident que la femme, non autorisée du mari ou dans certains

cas de justice, ne peut valablement s'engager. Mais n'est-on pas en droit de dire avec M. de Loynes (1), qu' « en décidant que les époux auront une résidence distincte, en fixant pour la femme le lieu de cette résidence, le magistrat l'autorise par cela même à faire toutes les dépenses, que peuvent nécessiter la tenue de son ménage et de son entretien personnel ». La femme, ne pouvant plus être considérée comme mandataire tacite d'un mari avec lequel elle ne vit plus, et ne pouvant pratiquement demander d'autorisation pour chaque dépense en particulier ni à son mari ni à la justice, aura été autorisée implicitement en quelque sorte, une fois pour toutes, à y faire face par l'ordonnance du président qui lui fixe sa résidence. Nous sommes très disposés à admettre cette manière de voir. Rien ne semble s'y opposer en droit. La femme peut ainsi agir librement et pratiquement dans les limites de ses besoins, et le fournisseur de son côté aura l'avantage d'avoir une action directe contre elle (2).

§ 2. — Révocation ou démenti (de la part du mari).

a) *Recours contre le mari.*

Le mari, soit qu'il révoque le mandat antérieurement reconnu par lui, soit qu'il démente son silence, reste toujours tenu de son obligation d'entretien ; ceci ne peut

(1) Cf. note au Dalloz 1891, citée plus haut.

(2) C. P., 1902. 1. 63.

être contesté et, si l'on ne peut plus dire, ici, comme au cas de séparation de fait due au mari, que le mandat cesse par sa faute, on peut au moins déclarer qu'il disparaît de par sa volonté. Le mari ne peut, par une défense même individuelle portée à la connaissance de tous les fournisseurs, se décharger de l'obligation qui lui incombe de subvenir aux dépenses du mariage et faire retomber cette obligation sur la femme, sous prétexte que la dépense lui a matériellement profité.

La présomption de mandat n'est plus admissible, puisque le mari a exprimé une volonté contraire à son existence. Mais cette présomption n'était qu'un moyen pour le mari de satisfaire à son obligation. Le moyen disparaît : l'obligation reste ; et c'est ainsi que réformant l'arrêt de la Cour de Dijon du 11 juillet 1872, la Cour de cassation, le 12 janvier 1874 (1) condamne un mari vis-à-vis des fournisseurs, parce qu'en l'absence de tout mandat tacite (devenu impossible après des protestations expresses) il a tiré un profit personnel des fournitures, c'est-à-dire l'exonération pour tout ou partie de l'obligation que la loi lui impose de subvenir aux besoins du ménage.

Donc, en principe, l'action *de in rem verso* doit être accordée aux fournisseurs contre le mari, « puisqu'il a tiré un profit personnel des dépenses faites ».

(1) D. P., 1874. 4. 153. Cf. pour la doctrine : Binet, *loc. cit.*, p. 119 ; Huc. *loc. cit.*, n° 153 ; Laurent. *loc. cit.*, n° 111.

Mais, comme le remarque l'arrêt de Besançon du 15 juillet 1874 (1), pour l'exercice de cette action d'équité il faut que le mari n'ait pas rempli vis-à-vis de sa femme les obligations que lui imposent les articles 212, 213, 214 du Code civil : il faut que le fournisseur les ait remplies en son lieu et place.

b) *Recours contre la femme.*

Sur ce point, nous ne connaissons qu'un arrêt de Poitiers du 23 décembre 1889 (2). En l'espèce, il y a à la fois révocation expresse de la part du mari et excès de fournitures de la part de la femme, deux raisons au lieu d'une pour mettre fin à la présomption de mandat. La femme fut condamnée à payer. Cette décision s'appuie sur la thèse de l'autorisation tacite, que nous avons reconnue précédemment inapplicable. Contrairement à ce que soutient cet arrêt, l'autorisation tacite pour la femme de contracter n'est nullement prévue ni définie par l'article 217 du Code civil.

En résumé, lorsque la présomption de mandat tombe soit devant la cessation de la vie commune, soit devant la révocation ou le démenti du mari, les fournisseurs n'ont contre la femme aucun recours, sauf s'ils peuvent invoquer en sa faveur non profit matériel, mais profit juridique, et dans le cas contestable d'ailleurs où elle a

(1) D. P., 1874. 2. 219.

(2) D. P., 1890. 2. 360.

été autorisée par justice pendant une instance en séparation de corps ou en divorce à résider en dehors du domicile conjugal. Contre le mari, l'action de *in rem verso* seule sera accordée aux fournisseurs, et cela encore dans certaines conditions. L'action oblique, née de l'article 1166 du Code civil doit au contraire leur être radicalement refusée. Si, comme l'action précédente, l'action oblique a besoin pour la possibilité de son application de la survivance de l'obligation alimentaire du mari, il lui faut en outre — et c'est là une différence capitale — l'engagement antérieur et personnel de la femme. Il est plus que permis de douter, comme nous l'avons remarqué, de l'existence juridique de cette seconde et indispensable condition.

CHAPITRE VI

ORIGINE (1)

Avant de conclure, il nous reste une dernière question à résoudre. Cette fiction de mandat, telle que nous venons de la voir comprise et développée, a-t-elle été imaginée de toutes pièces par nos jurisconsultes modernes, ou trouve-t-on au contraire dans notre droit ancien quelque chose de semblable, sinon d'identique ?

Avant la renaissance du droit romain, c'est-à-dire avant la fin du xv^e siècle à peu près, nous croyons inutile de rechercher un texte d'origine — même très lointaine. — à la théorie du mandat tacite ; on va en comprendre sans peine la raison. Quelle était en effet, avant ce que j'appellerais volontiers « l'invasion romaine du droit dans notre droit », la condition de la femme mariée dans notre pays ? Pour nous résumer en une formule, faut-il dire ce

(1) Il pourrait paraître étrange d'examiner cette question d'origine à cette place. Nous avons estimé cependant préférable d'étudier la théorie du mandat tacite dans toutes ses parties avant de rechercher quelle pouvait être son origine.

que dira plus tard Dumoulin et avec justesse à son époque : *Uxor non est propria, sed speratur fore* (1).

Les historiens-juristes de nos jours répondent généralement par la négative. « La communauté de biens, qui se rattachant matériellement aux origines germaniques, se développe parmi les mœurs simples et chrétiennes, acquiert une force singulière qu'elle a perdue depuis ; ce n'est pas une communauté légale de biens, c'est une communauté de vie. Non seulement la femme peut faire un acte important sans le consentement du mari, *mais elle est associée elle-même à tous les actes de celui-ci* (2). »

La femme mariée de Beaumanoir n'est nullement exclue de l'association conjugale (3). Elle n'est pas simplement comme celle de Dumoulin, une associée en puissance, elle est une associée en acte. Et sans avoir l'intention impossible de nier au XIII^e siècle le principe de l'autorité maritale, nous croyons qu'à cette époque, loin d'exclure pour l'épouse toute faculté d'association, ce principe se combine avec elle. Pourquoi ? Parce qu'alors le fondement véritable et essentiel de la puissance du mari réside dans la nécessité d'une direction unique dans la société

(1) Dumoulin. *Commentarii.. ad.*, art, 409, n^o 3.

(2) Violette. (*Etabliss. de St-Louis*, Introd., t. I, p. 147 ; Cf. également : Binet, *loc. cit.*, p. 19 ; Masse. *Du caractère juridique de la Communauté entre époux dans ses précédents historiques*, 1902, etc., etc.

(3) Beaumanoir XXI, 2.

des époux. Dans toute société, quelle qu'elle soit, il faut un associé gérant; mais l'existence nécessaire pratiquement de ce gérant n'empêche pas à ses côtés l'existence juridique de co-associés. Les auteurs qui ont écrit en sens contraire nous paraissent avoir été aveuglés par certains droits, par exemple droit de correction, appartenant socialement à l'époux sur l'épouse. Ils n'ont pas deviné qu'à l'ombre de ces droits, attributs de la puissance de l'homme plutôt que de celle du mari, l'épouse jouait un rôle actif d'associée, ayant ses répliques particulières, intervenant dans toutes les questions importantes de la société et pouvant en partie faire échec à la volonté prétendue invincible du seigneur et maître. « Cette puissance (maritale), écrit Guy Coquille (1), n'est empêchement matériel, et en la même personne de la femme, mais en dehors et par accident. La femme est donc en soi habile à contracter, et l'accident qui l'empêche étant ôté, son obligation, qui a pris naissance dans sa volonté, en laquelle elle est libre, reprend sa vigueur, qui était obombrée et couverte par la puissance du mari. »

La femme qui n'est pas une incapable, est donc, selon l'expression de Guy Coquille, « habile à contracter », et cela comme associée, sauf « l'accident » de la puissance maritale. La meilleure preuve, c'est que, si elle agit sans l'autorisation du mari, l'acte de la femme n'est pas nul en soi. Le mari est admis seulement à le critiquer en

(1) Guy Coquille, question, n° 100.

vertu de sa puissance. Bien plus, chaque fois que le mari, gérant naturel et légal de la société, vient à faire défaut, la femme, de plein droit, en sa qualité d'épouse, sans avoir besoin d'autorisation supplétive des tribunaux, est investie de tous les droits et actions de la communauté. Cela se présentera dans les cas de folie ou d'absence du mari en pays étranger, qu'il soit banni ou simplement emprisonné. Si le mari retrouve la raison, ou s'il revient dans ses foyers, aucun texte ne consacre pour la femme l'obligation de rendre compte. C'est très logique. La reddition de comptes n'est imposée qu'au mandataire. Or, c'est en son nom à elle que la femme a exercé ses pouvoirs d'administration et de disposition. Il est probable qu'en fait, la femme en pareil cas, tenait son mari au courant de sa gestion, mais c'était là une reddition de comptes amiable, qui n'avait rien d'obligatoire (1).

On peut enfin tirer en faveur de cette opinion un argument d'analogie avec ce qui se passait à cette époque pour la femme commerçante. Celle-ci, non seulement s'obligeait personnellement pour l'époque postérieure au mariage, mais engageait sur l'heure ses biens communs, et cela dans l'intérêt du ménage et des tiers. Sa situation peut se comparer à celle d'un associé qui aurait été chargé par ses co-associés de gérer une affaire spéciale de la société, et qui, tout exposé qu'il est à voir révoquer ses pouvoirs, les exerce néanmoins en toute liberté ». Ne

(1) Beaumanoir. XLIII, 28.

pourrait-on pas en dire autant de la femme ménagère, avec plus de raison encore, puisque en s'occupant des soins domestiques, elle exerce sa meilleure spécialité. Les idées et les mœurs du temps militent aussi en faveur de notre hypothèse.

La vie privée au XIII^e siècle adoucit sa rudesse relative au contact de l'esprit de famille, inspiré par l'esprit chrétien. Les sentiments chrétiens — nous ne disons pas la doctrine chrétienne — et les influences chevaleresques élèvent la femme au niveau de l'homme, et même la portent plus haut. Les poètes du « gai savoir » mêlent dans leurs chansons l'adoration de la femme au culte de la Vierge Marie, qui est la femme par excellence. Ce sont les cours d'amour, où les femmes étaient dames, et dont les dames étaient reines.

C'est aussi la vie quotidienne au castel, où sévit la longueur des hivers. La force des choses donne à l'épouse une influence, que l'antiquité ne pouvait connaître, par suite de la séparation d'existence entre les époux des époques premières. C'est la guerre sainte. Le seigneur est loin, pendant des mois, sous la menace de ne jamais revenir. La femme reste au château, et comme l'écrit M Lacroix : « elle y reste maîtresse, châtelaine, chargée en l'absence du mari de l'honneur du fief. »

Il nous semble donc naturel, après cet aperçu de la condition de la femme mariée d'après le droit et les mœurs, d'admettre que l'épouse, conduisant le ménage, contractait, comme associée, au nom de la « compagnie », à moins de défense formelle du mari. Il serait au contraire étrange

que la femme, pouvant dans certaines circonstances s'obliger, sans obliger le mari, agit dans la sphère ménagère, au nom seul de ce dernier, en restant pour son compte en dehors de tout engagement. Nous venons de voir, qu'en cas d'absence du mari, la femme prenait la direction de la société. Ne pourrait-on pas dire que pour les contrats relatifs au ménage, le mari, présent de corps, est volontairement absent de pensée, et que, selon son état social et ses goûts, occupé aux travaux manuels dans les champs, ou intellectuels dans sa bibliothèque, ou aux chasses sur son domaine, il laisse à la « femme-dame » le rôle d'associée pour tout ce qui concerne l'administration intérieure à lui, bien entendu, en vertu du principe respecté de la puissance maritale, s'il le juge à propos, à méconnaître les actes de l'épouse pour « mauvais marché » ou « malvairement user » (1).

D'ailleurs, la femme ne porte-t-elle pas les clefs et la bourse comme insignes de sa fonction d'associée actuelle, et pour renoncer à la communauté, donc à cette association, ne doit-elle pas solennellement, en assistant à l'ensevelissement du corps de son mari, jeter sur la fosse sa ceinture, sa bourse et ses clefs ? En abandonnant ainsi les clefs, la femme affirme son intention de ne pas continuer l'administration du ménage, à laquelle l'appelait son rôle d'associée, et en rendant sa bourse avec sa ceinture, elle indique qu'elle ne veut rien retenir des biens

(1) Cf. Lefèbvre, à son cours.

jusque-là communs. Si donc en délaissant ces objets, la femme se reconnaît non associée pour l'avenir, c'est que ces divers objets étaient les insignes de son rôle d'associée pour le passé.

Enfin, au ^{xiii}^e siècle, la situation paraît être tout l'opposé de celle qui existe de nos jours, où les textes du Code civil sont contraires au rôle d'associée de la femme dans le ménage : « Il n'apparaît au ^{xiii}^e siècle, dit M. Lefebvre à son cours, nulle part l'idée de faire de l'épouse une simple préposée du mari pour les contrats relatifs à la vie ménagère. » La renaissance du droit romain à la fin du ^{xv}^e siècle apporte dans la condition juridique de la femme mariée une profonde modification. Avant cette renaissance, on fondait la puissance maritale sur la nécessité dans la société des époux, d'un chef — le mari —, ce qui n'interdisait pas l'activité d'un associé — la femme —. Celle-ci, conservait alors en principe toute sa capacité. Elle ne perdait que son indépendance. La puissance maritale constituait plutôt un droit pour le mari qu'une incapacité pour la femme.

Sous l'influence romaine, la femme, en se mariant, perd et son indépendance et sa capacité.

L'idée première de direction unique dans le ménage, comme fondement de la puissance du mari, subsiste, mais à côté d'elle, en quelque sorte sur le même tronc, pousse, plus vivace, l'idée jeune d'incapacité de la femme, comme une greffe prise au droit romain. L'autorisation devient deux fois nécessaire. Elle est et reste la sauve-

garde du mari gérant. Elle sera désormais de plus le moyen juridique d'habiliter la femme devenue incapable. Simple assentiment, au XIII^e siècle, l'autorisation matrimoniale prend alors le caractère d'une autorisation digne de ce nom. Quel protecteur pour l'épouse, plus naturel et plus proche que le mari ! Et pour permettre à celui-ci d'exercer cette protection, le principe de la puissance maritale offre son concours, en prenant l'aspect d'une véritable tutelle. La femme, selon la conception toute romaine, devient la pupille du mari ; comment lui reconnaître un rôle quelconque d'associée dans la société conjugale ainsi comprise ? Cette société n'a plus de la société que le nom. L'épouse, incapable de contracter pour elle-même, est *a fortiori* incapable de contracter pour la communauté dont elle ne fait plus « actuellement » partie : *Uxor non est propria, sed speratus fore*.

Le contraire serait illogique. L'épouse n'a plus aucun pouvoir de participation aux affaires communes, et elle perd également sa faculté de remplaçante légale. Aux cas d'absence ou de folie du mari, elle ne prend plus sa place de plein droit. La tutelle qu'elle subissait avant ces événements change simplement de mains. Elle passe des mains incapables ou impuissantes de l'époux entre celles du « Prince », ou, si l'on veut, de la Justice.

Mais ce n'est pas tout. Le mari désormais est considéré comme obligé personnellement aux dépenses du ménage, moyennant une contribution appelée dot, que verse l'épouse. Cette conséquence des idées romaines n'est

d'ailleurs que le corollaire du nouveau principe d'incapacité pour la femme mariée.

- Incapable, l'épouse ne peut plus jouer le rôle d'associée, même en second. N'ayant plus à cet égard de droits, elle ne doit plus subir d'obligations. Le mari tient à sa disposition une dot, qui lui a été précédemment remise « *ad onera matrimonii sustinenda* ». « Le mari, écrit Remusson, a les biens de la communauté à sa disposition, il doit nourrir et alimenter la femme, l'entretenir de tout ce qui est nécessaire durant le mariage (1). »

La fiction d'un mandat domestique, conféré à la femme par le mari, s'imposait donc alors comme aujourd'hui, pour concilier le droit et la pratique. Grâce à cette fiction, la question de capacité pour la femme n'a pas besoin d'être posée, puisque ce n'est pas elle qui contracte ; et, en donnant mandat à son épouse de passer les infinis contrats de la vie ménagère, le mari satisfait le plus commodément et le plus juridiquement du monde à l'obligation personnelle qui lui incombe.

Dans cet état de choses, il serait très compréhensible de rencontrer soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence de cette époque, des textes servant d'origine plus ou moins lointaine à la théorie contemporaine du « mandat tacite ».

On admet presque généralement aujourd'hui que le

(1) Remusson. *Traité de la Communauté*, II^e partie, chap. VI.
n^o 53.

texte générateur se trouve dans la doctrine, chez Dumoulin, à l'article 114, titre 10 de son « Commentaire sur la coutume de Paris » (1). Dumoulin examine l'article 234 de la Nouvelle Coutume. Il s'applique à faire comprendre que la femme n'est aucunement tenue des dépenses qu'elle a faites en achetant des pièces d'étoffes, et cela parce que c'est un devoir et une charge pour le mari d'habiller sa femme. « Ce texte, écrit M. Pettré, est capital, parce que de tous ceux qui existent en la matière c'est le plus explicite parmi les plus anciens (2). »

Il ne semble au contraire ni capital, ni si explicite, que M. Pettré veut bien le dire.

Première remarque, de détail peut-être, mais qui n'est pas sans importance ici. Dumoulin ne parle pas des dépenses du ménage en général, mais des dépenses personnelles à l'épouse. Deuxième remarque : si le mari, pour cet auteur, est tenu d'acquitter ces dettes, c'est personnellement qu'il est tenu et non en vertu de la dot que lui aurait apportée la femme. La meilleure preuve — de l'aveu même de M. Pettré — c'est que dans le cas examiné par Dumoulin, la femme n'a versé à son mari, en fait de dot, que des dettes.

Nous sommes loin d'ailleurs de voir dans les lignes de Dumoulin apparaître, même confusément, l'idée du mandat tacite, telle qu'on la comprend de nos jours. Comme

(1) Dumoulin. *Comment. sur la Cout. de Paris*, titre X., art. 114.

(2) Pettré. *loc. cit.*, p. 17.

l'écrit M. Binet (1): « le principe d'action du tiers-fournisseur contre le mari paraît résulter, selon Dumoulin, non du fait que le mari aurait été représenté par la femme, mais plus simplement de ce qu'il a profité de l'acquisition qui en définitive doit être la sienne. » En somme, Dumoulin donne au fournisseur l'action de « *in rem verso* » et non l'action née d'un mandat tacite ou non. M. Basset lui-même, tout en qualifiant Dumoulin de « père et inventeur de la fiction du mandat tacite » écrit, en parlant de lui : « quand il veut expliquer que la femme n'est pas tenue, il n'invoque pas la règle que le mandataire ne s'oblige pas (2). »

On nous opposera sans doute le mot « procuration » (3) qui se trouve chez Dumoulin, mais sans parler du vrai sens de « procuration » qui fait songer au mandat exprès, qu'on lise la phrase suivante, reliée par « enim » et l'on comprendra sans peine qu'il ne s'agit pas d'un mandat tel qu'il est présenté aujourd'hui, donné par le mari à la femme de contracter en son nom à lui mari, mais d'un mandat de s'engager elle-même à son profit, à lui mari. D'ailleurs, Dumoulin ne cite cette espèce de mandat que pour le condamner « non valet ».

(1) Binet. *loc. cit.*, p. 28.

(2) Basset. *loc. cit.*, p. 298.

(3) Dumoulin. *loc. cit.*, «... Amplia etiam si dicat eam *procuracionem*, quia sumus inter prohibitos, et sic non sequitur quod possit obligari nomine proprio quia non potest hoc esse de proprio mandato. Quid enim si mandaret uxori ut se obligaret pro obligatione jam a se contracta? *Non valet* ergo idem si procontrahenda, quia ad istud tenebatur maritus. »

Après Dumoulin, on mentionne parfois d'Argentré comme faisant une allusion certaine au mandat tacite. Or, loin d'admettre cette théorie, d'Argentré me semble ne pas même être partisan de « l'autorisation tacite » et exiger l'autorisation expresse du mari (1).

Ferrière également dit « que l'un des cas où la femme peut s'obliger elle-même, sans le consentement de son mari, quand il s'agit de sa nourriture, etc... » Cet auteur assimile ce cas à ceux où la femme est « séparée de biens » et où elle est « marchande publique », faisant un commerce séparé. La femme s'oblige sans l'autorisation expresse du mari, mais elle s'oblige elle-même. C'est la thèse de la dispense d'autorisation ou de l'autorisation tacite — ce n'est en tout cas pas celle du mandat (2).

Lamoignon, que l'on invoque parfois, comme parlant du mandat tacite, déclare que « l'obligation de la femme sans autorité du mari pour victuailles et provisions ordinaires de la maison... est valable (3). » Il se contente de cette affirmation ; c'est tout. Il ne nous dit en aucune façon en vertu de quel principe cette obligation de la femme doit être validée.

Il faut, à notre avis, arriver à Lebrun pour voir appa-

(1) Cite par M. Pettré. *loc. cit.*, p. 24. — C'est M. Binet qui invoque cet auteur comme partisan du « mandat tacite ».

(2) Ferrière. *Comment. Nouv. Cout. de Paris*, art. 234 (ancien art. 114). Cf. même sens : La Thaumassière. *Décis. Cout. de Berry*, t. I, chap. X.

(3) Arrêtés. *Titre de la Communauté*, art. 81.

raître l'idée du mandat tacite. « Tant qu'il n'y a pas de preuves de mauvais usages, on condamne le mari à acquitter les parties des marchands... La femme étant réputée procuratrice pour de telles emplettes (1). » Il s'agit bien là pour les marchands contre le mari d'une action née d'un mandat, que la femme est réputée avoir reçu, pour « la subsistance et l'entretien du ménage ». Mais remarquez cependant que Lebrun, bien qu'il soit à son époque un des auteurs les plus « romains », ne fonde pas cette présomption de procuration sur l'organisation économique du mariage. Il dit simplement : « La femme est réputée procuratrice ». Remarquez d'ailleurs que Lebrun ne fait là que rapporter l'opinion de la jurisprudence à son époque « on condamne ». Quelques lignes plus haut, il cite à l'appui de son opinion personnelle l'autorité de d'Argentré qui s'en tenait, nous venons de le voir, à la nécessité d'une autorisation expresse, d'un « ordre » du mari.

Bouhier, après Lebrun, dit bien dans ses observations sur la coutume de Bourgogne (2), parlant des affaires du ménage : « Pour cette espèce d'affaires, la femme doit être regardée comme préposée du mari, *ut ejus insti-trix* » ; mais, pour cet auteur, la procuration présumée

(1) Lebrun. *Traité de la Communauté*, livre. II, chap. II, sect. 2, n° 6.

(2) Bouhier. *Observat. sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, chap. XIX, n° 94.

donnée à l'épouse s'appuie sur ce fait « qu'il est d'un usage notoire que la femme est chargée du menu détail de la dépense journalière et que le mari lui remet à cet effet les fonds nécessaires. » Pour Bouhier, la femme est purement et simplement une « institrix », et si le mari est tenu vis-à-vis des fournisseurs, c'est comme *institor*, ayant chargé l'*institrix* de certaines fonctions et non comme chef du ménage ayant reçu de l'épouse une dot moyennant laquelle il doit subvenir à ses besoins. D'ailleurs, Bouhier n'écrit-il pas : « Il est de la femme mariée pour la dépense ordinaire du ménage comme de la marchande publique qui pour le fait de sa marchandise a une autorisation générale et oblige à cet égard son mari comme s'il s'était obligé lui-même. » Ce n'est donc qu'après avoir essayé d'établir l'obligation du mari sur le principe d'autorisation par un argument d'analogie avec la femme marchande publique que Bouhier invoque l'idée de procuration pour y trouver l'explication de la non-obligation de la femme.

Chez Challine (1), contrairement à ce que l'on remarque chez Lebrun, nous trouvons la situation entre époux très nettement exposée, mais nous retrouvons encore plus clairement que chez Bouhier la femme ne pouvant agir « sans l'autorité du mari » comme femme mariée, n'agissant que « comme procuratrice préposée au ménage

(1) Challine. *Méthode pour l'intelligence des Coutumes de France*, 14^e règle, 1^{re} partie, 2^e ex.

et *ut institrix*..... au nom de son mari et non pas en son nom privé et de son chef, en laquelle qualité, elle ne s'oblige pas elle-même ». Nous ferons donc à son égard les mêmes réserves qu'à l'égard de Bouhier.

Valin (1), que M. P. Binet cite comme partisan du « mandat tacite », tout en accordant aux créanciers le droit d'agir contre le mari, ne leur enlève pas entièrement celui d'agir contre la femme. Il n'envisage d'ailleurs que le cas très spécial d'absence du mari, et si Vigier (2) admet que « le mari soit tenu pour avoir taiblement préposé sa femme, il le considère comme tenu *tanquam de in rem verso*.

Nous arrivons avec Pothier au dernier texte vraiment intéressant. Chez cet auteur, on trouve bien l'idée de l'organisation économique telle qu'on la comprend aujourd'hui : « La femme est censée avoir payé à son mari tout ce qu'elle a économisé des fournitures par la jouissance de la dot qu'elle lui a apportée *ad sustinenda onera matrimonii* (3). Les contrats, dont parle Pothier, sont bien les contrats relatifs aux besoins généraux du ménage : « dettes du boulanger, du boucher, du marchand qui lui a vendu les étoffes dont elle est habillée. » Enfin, nous sommes bien en présence d'une fiction, « la femme n'est

(1) Valin. *Nouveau Comment. sur la Cout. de la Rochelle*, t. I, art. XVII, n° 14 et suiv.

(2) Vigier. *Les Coutumes du Païs et Duché d'Angoumois, Aunis et Gouvernement de la Rochelle*, titre III, art. 98, fol. 153.

(3) Pothier. *Traité de la Communauté*, 574.

censée faire cela », et c'est bien une fiction de mandat « que pour et au nom du mari ». Mais remarquez que la fiction ou présomption de mandat découle pour la femme de la présomption corrélatrice qu'elle a versé sa part contributive. C'est donc chez Pothier comme chez Bouhier, une présomption de mandat en faveur de l'épouse contre les tiers, la dégageant de toute obligation vis-à-vis d'eux et reposant sur son intention de ne pas s'obliger. Ce n'est que par ricochet, en quelque sorte, une présomption de mandat contre le mari, en faveur des tiers, reposant sur la volonté tacite de celui-ci de satisfaire à l'aide de ce moyen juridique à son obligation d'entretien.

Nous ferons les mêmes réserves au sujet de la jurisprudence des Parlements français des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles, pour la bien simple raison que tous ces arrêts sont rapportés soit par Challine (1) soit surtout par Bouhier (2) à l'appui de leur thèse. Lebrun cite d'ailleurs un arrêt du Parlement de Bourgogne du 8 janvier 1693 qui exigeait l'autorisation expresse du mari (3).

A notre avis donc, la théorie du mandat tacite, telle que nous l'avons exposée et telle qu'elle paraît s'être développée de nos jours, est loin de ressembler dans son

(1) Challine. *Méthode gén. pour l'intelligence des Coutumes de France*, 14^e règle, 1^{re} partie, 2^e ex.

(2) Bouhier. *Observat. sur la cout. du Duché de Bourgogne*, chap. XIX, n^o 100. Cf. égal. : Pothier. *Traité de la Communauté*, n^o 574.

(3) Lebrun. *Traité de la Communauté*, livre II, sect. 2, par. 6.

ensemble et même dans son principe aux opinions que nous trouvons émises à ce sujet dans l'ancien droit français.

CONCLUSION CRITIQUE

La théorie du « mandat tacite » n'est pour nous admissible ni juridiquement ni socialement.

Juridiquement, nous avons vu au cours de notre première partie que cette théorie soulevait des objections dont certaines mettent en échec sa base même. En voici un tableau résumé :

1° Le contrat antérieur, basé sur l'article 214 du Code civil qui permet de présumer un mandat tacite donné par le mari à la femme pour les besoins du ménage ne se présente qu'à l'égard des dépenses personnelles à l'épouse. Rien de semblable ne se trouve pour les dépenses du ménage en général ni pour les dépenses particulières aux enfants. D'autre part et surtout, nous avons remarqué que cette fiction de mandat était contraire à la façon dont les choses doivent se passer dans la réalité (Chap. I.) ;

2° Pour certains auteurs, l'adoption par les époux d'un régime matrimonial de séparation pécuniaire s'oppose à la présomption du mandat tacite domestique. D'ailleurs, nous avons fait remarquer que, même sous le régime de communauté, cette présomption ne doit plus être aussi forte depuis la loi du 13 juillet 1907 (Titre II, Chap. II) ;

3° Si l'on s'en tient à la théorie du mandat tacite, le mari se trouve dans l'impossibilité de limiter les pouvoirs de la femme et, en admettant que cela soit possible, les fournisseurs sont dans l'impossibilité à leur tour de connaître quelles sont ces limites (Titre II, Chap. III) ;

4° A notre avis, dans tous les cas, et dans certains cas indiscutés, la présomption de mandat tacite n'est plus applicable entre époux qui ont cessé de mener vie commune. « Pour soutenir l'affirmative, on a fait observer que le mari reste toujours tenu en fait de fournir à sa femme des aliments, sans doute, seulement il ne s'agit pas de savoir ce qu'il a dû vouloir, mais ce qu'il a voulu en fait » (§ 2, titre I, chap. v).

5° Le mari, d'après une jurisprudence très en faveur depuis plusieurs années, ne peut ni refuser ni rétracter un mandat qui par son essence même est présumé librement concédé par lui.

C'est peut-être ici qu'apparaît le mieux la faiblesse juridique de la théorie du mandat tacite : (§ 3, titre I, chap. v) ;

6° Enfin nous avons essayé de prouver que cette théorie, telle qu'elle existe de nos jours, ne présente qu'une analogie très lointaine avec notre ancien Droit français. On ne peut donc pour défendre cette thèse, se prévaloir de l'ancienneté de son existence.

Socialement, c'est encore plus grave.

Admettons pour un instant que la théorie du mandat tacite puisse, en donnant satisfaction aux besoins de la

pratique, répondre aux exigences juridiques. N'en serait-il pas moins vrai, que cette théorie n'assure à la femme, en matière de ménage, qu'un pouvoir incertain dans son existence et son étendue. N'en serait-il pas moins vrai que la femme serait, si l'on appliquait à la lettre la théorie dont il s'agit, vouée absolument au bon plaisir de son mari son « seigneur » et son « maître ».

Or, tout le monde est d'accord pour reconnaître comme bien fondé en raison et en fait le pouvoir domestique de l'épouse. Pourquoi, dès lors, n'est-ce pas un principe d'ordre public, un pouvoir expressément reconnu par la loi comme en Allemagne par exemple ? Pourquoi n'est-ce au contraire, dans notre Droit français, qu'une concession, dépendant de la volonté d'une personnalité privée, et par suite sujette aux caprices de cette volonté.

Et, comme le fait très bien remarquer M. Binet (1), ce n'est pas seulement « profondément illogique », c'est « attentatoire à de nombreux intérêts ». Aux intérêts de la femme d'abord, qui est en droit d'exiger pour la sauvegarde de sa dignité et de libre développement de son activité naturelle, une reconnaissance stable de sa fonction domestique.

A ceux des tiers ensuite, qui, contractant avec l'épouse pour les besoins du ménage, doivent pouvoir compter avec quelque certitude sur la validité de son intervention et sur l'ouverture des recours qu'elle leur procure.

(1) Binet, *loc. cit.*, p. 135.

A ceux du mari enfin, puisqu'il ignore quelles conditions et quelles limites les tribunaux admettront à son engagement. Tel un arrêt de la Cour de Paris cité par M. Louis Delyons (1), qui a jugé que des toilettes livrées au domicile conjugal n'ont pu être commandées qu'avec l'assentiment du mari, même si le prix excède les ressources du ménage. Et nous trouvons que le patriotisme de M. Delyons s'égare lorsqu'il écrit un peu plus loin : « En Allemagne, il a fallu un article de loi pour donner à la femme mariée la *Schlusselsgewalt*, le pouvoir des chefs : en France, le bon sens des tribunaux a suffi. « Malheureusement la jurisprudence varie : bien fol est qui s'y fie.

Et nous concluons avec M. Tissier : « qu'il faut abandonner cette théorie rigide et insuffisante du mandat tacite, peu exacte (nous dirions même fausse) dans sa conception et mauvaise dans ses applications (2). »

(1) Article du *Figaro* du 17 juin 1908.

(2) Tissier. *Bulletin de la Société des Etudes législatives*, 1902, p. 63.

DEUXIÈME PARTIE

THÉORIE DU POUVOIR DOMESTIQUE DE LA FEMME

TITRE PRÉLIMINAIRE

EXPOSÉ DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES

Ce n'est pas tout de démolir : il faut reconstruire. Pour cela, à notre avis, il y a deux voies à prendre ; ou ne pas se préoccuper des principes du Code civil sur la puissance maritale, l'incapacité de la femme mariée et sur l'économie du mariage ; fonder en conséquence le pouvoir domestique de l'épouse en dehors et même contre ces idées fondamentales ; ou, au contraire, essayer d'étayer ce même pouvoir en dehors de la volonté maritale, mais en conservant le cadre de notre Code civil actuel.

M. Laurent a suivi la première voie : il n'y a là rien d'étonnant, puisque l'avant-projet tout entier de cet auteur belge est un essai de réforme, du Code civil fran-

çais. Pour lui, le régime matrimonial légal est le régime de communauté universelle. La communauté est administrée de principe par les deux époux conjointement (art. 1432, t. V, p. 42). Seulement cette administration deviendrait impossible pratiquement, si la volonté commune des deux époux était nécessaire à l'accomplissement de chaque acte. Devant cette situation, M. Laurent n'hésite pas à abandonner en partie son principe d'administration commune, et il distingue en conséquence (§ 9, sous l'art. 432), les actes d'*administration définitive* et les actes d'*administration journalière*. Les premiers restent soumis à l'administration commune des deux époux : les seconds dépendent du ménage. Il est donc logique de les attribuer à la femme. Celle-ci, dans le projet de M. Laurent, agit en vertu de pouvoirs propres, découlant de l'état de mariage dans lequel elle se trouve, et comme associée. Elle n'est ni mandataire tacite, ni mandataire légale de son mari. Ainsi le décide l'article 1433, 1^{er} alinéa de l'avant-projet en question. Dans le même ordre d'idées, nous trouvons l'avant-projet du Code civil suisse de 1900. Ici encore, le pouvoir domestique de l'épouse, prérogative légale, n'est en aucune façon une concession volontaire du mari, et ici également, il n'est pas question de mandat. L'article 184, 3^e alinéa de cet avant-projet pose le principe que l'épouse « dirige le ménage » et l'article 186 déclare que « la femme représente l'union conjugale pour les besoins du ménage ». Comme le législateur belge, le législateur suisse a aboli la tutelle ma-

ritale et l'article 182 de l'avant-projet suisse est ainsi conçu : « la célébration du mariage crée l'union conjugale. Les époux s'engagent mutuellement à assurer sa prospérité, ainsi que l'entretien et l'éducation des enfants. Ils se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance ». On remarquera que dans aucun de ces deux projets législatifs il n'est question du devoir d'obéissance de la femme vis-à-vis du mari, ni du contrôle permanent du mari sur chacun des actes de la femme.

Parmi les auteurs qui ont suivi ou précédé dans la même voie ou dans une voie analogue les deux systèmes de législation dont nous venons de parler, nous avons remarqué les systèmes très intéressants et très approfondis de MM. Basset et Binet. Le premier, dans sa thèse sur : « le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale », après avoir repoussé la thèse du mandat tacite, considérant entre autres critiques, qu'il ne sert de rien de dire : « que le pouvoir de la femme résulte d'un mandat si précisément ce mandat n'est pas soumis aux principes ordinaires d'un tel contrat, reconnaît qu' « il faut mettre de côté toutes les explications qui font de la femme la préposée du mari et reconnaître à celle-ci des pouvoirs propres, découlant de l'état de mariage ». Pour M. Basset, le mari est obligé, non comme mandant puisque l'idée de mandat est abandonnée, mais comme étant tenu en vertu de l'article 214 du Code civil, de fournir le nécessaire à l'épouse. Notre auteur ne s'arrête pas là. Il fait appel à la distinction

classique, surtout appliquée au régime de communauté, entre l'*obligation* et la *contribution* aux dettes, et il se pose cette question : « De l'obligation du mari a-t-on le droit de conclure, comme on le fait, à la non-obligation de la femme ? Sa réponse est négative et il conclut « que la femme, en contractant pour les besoins du ménage engage ses biens personnels, sauf son recours contre le mari et exception faite cependant par la femme dotale ». Nous sommes de l'avis de M. Pettré. M. Basset semble confondre deux questions : celle de savoir de quel droit la femme peut s'obliger sans l'autorisation du mari, et celle de savoir de quel droit elle oblige son mari. M. Basset semble dans l'erreur lorsqu'il les résout toutes deux par la théorie du pouvoir propre : « Nous convenons bien que la femme, munie par le mariage d'un pouvoir propre pour la conduite du ménage oblige son mari par ses dépenses domestiques, parce que la loi a voulu que le mari soit le chef du ménage, et l'oblige d'autre part à fournir à sa femme tout ce qui lui est nécessaire suivant sa condition et son état. Mais nous ne concevons pas bien que le mariage donne à la femme un pouvoir propre en vue de s'obliger elle-même (1). » D'ailleurs, M. Basset s'est aperçu des conséquences trop réformistes de sa théorie : « Je vais ici, dit-il, contre toutes les idées reçues (2). » Mais il ne voit pas la raison qui a fait admettre

(1) Pettré. *loc. cit.*, p. 124.

(2) Basset. *loc. cit.*, p. 302.

ces idées. M. Saleilles nous l'a pourtant très clairement donnée dans une lettre qu'il a bien voulu nous adresser le 13 décembre 1907. Après avoir, sur la question que nous lui avons posée, critiqué la thèse du « mandat tacite », notre auteur écrit : « J'hésiterais à considérer la femme comme autorisée à s'obliger elle-même sur son patrimoine personnel : car, en effet, de deux choses l'une, ou bien elle a contracté dans des conditions qui n'ont rien d'excessif et dans les limites de ses fonctions de ménagère, et dans ce cas elle agit comme représentant le ménage et la communauté, car c'est le rôle du mari de faire vivre le ménage et de pourvoir aux dépenses domestiques : ou bien les dépenses qu'elle a faites sont excessives et de nature à compromettre ainsi le patrimoine domestique dont les biens de la femme sont une part essentielle : c'est même pour ne pas compromettre cette part du patrimoine domestique qu'ont été établies l'incapacité de la femme mariée et la nécessité de l'autorisation maritale. Tant que subsistera cette autorisation dans nos lois, nous sommes bien obligés de reconnaître que le cas qui nous occupe — celui des dépenses anormales et injustifiées — est un de ceux pour lesquels doit être maintenu le droit de contrôle et de tutelle. »

M. Binet a d'abord soutenu, comme nous l'avons vu, dans une note au Dalloz, la thèse de « l'autorisation tacite » (dans certains cas déterminés seulement). Mais, dans son livre « La femme dans le ménage », sous l'influence du Code allemand et surtout de l'avant-projet

suisse, il admet pour l'épouse « un pouvoir propre de gestion des intérêts communs ».

Comme M. Basset, il fait découler de sa théorie l'engagement personnel de la femme. Comme notre premier auteur également, il se rend compte des difficultés que son opinion soulève. Pourtant il ne s'arrête pas à l'objection capitale pour son système, tirée de l'incapacité générale pour la femme mariée de contracter des obligations. Réformiste jusqu'à l'extrême, il supprime l'obstacle en supprimant par hypothèse le principe. L'objection que redoute le plus M. Binet est celle que nous avons admise par avance en citant la lettre de M. Saleilles. M. Binet, en effet, craint qu'on ne puisse reprocher à l'engagement personnel de la femme « de créer pour elle un grave danger, d'autant plus injuste qu'elle ne doit pas somme toute supporter les charges du mariage » (1).

A côté de ces différents systèmes séduisants en vérité, mais qui tous ne pourraient être adoptés par nous qu'en battant en brèche les principes fondamentaux de notre Code civil et en désorganisant l'économie actuelle de la communauté matrimoniale dont le mari est seul gérant, apparaît le système du Code allemand de 1896. C'est d'après lui, tout en l'abandonnant dans ses parties défectueuses, que nous allons maintenant essayer d'esquisser la théorie que nous proposons.

(1) Binet, *loc. cit.*, p. 320.

CHAPITRE PREMIER

FONDEMENT ET EXISTENCE

§ 1. — Fondement.

Le principe et le fondement du pouvoir domestique de l'épouse, tel que nous voudrions le voir en France, se trouvent parfaitement établis par les paragraphes 1336 et 1337 du Code allemand. La femme a le droit et le devoir de diriger le ménage commun (*Gemeinschaftliches Hauswesen* » (parag. 1336). Voilà le principe que nous retrouvons avec les mêmes expressions dans le paragraphe 98, de l'Avant-Projet hongrois de 1901. « *Die Führung der Hauswesen ist Recht und Pflicht der Frau.* » (La conduite du ménage est le droit et le devoir de la femme). Quant au fondement de la *Schlüsselgewalt*, il se trouve au paragraphe 1337 : « La femme a le droit dans son cercle d'action domestique de gérer les affaires du mari à sa place et de le représenter... »

La femme est donc déclarée représenter son mari dans tout ce qui concerne son rôle d'épouse. Elle ne possède aucune direction indépendante des affaires conjugales.

Elle n'a aucun pouvoir propre sur les biens matrimoniaux : ce sont les droits du mari, chef du ménage, qu'elle exerce. La théorie traditionnelle allemande de l'*Elepaar als Solches* (1) a été bouleversée par le Code de 1896. Le mari, dans l'exercice de ses droits de chef, agit en vertu d'un pouvoir propre et en son nom personnel. La femme, dans le domaine où elle possède une activité indépendante (sphère du ménage), ne pouvant plus représenter l'union conjugale disparue comme personne distincte, ne peut plus nécessairement représenter que le mari.

La solution de l'Avant-Projet suisse est tout opposée. Les législateurs suisses ont donné à l'épouse en matière ménagère un pouvoir direct de gestion et de disposition des biens matrimoniaux. C'est que contrairement à ce qui se passe dans l'Allemagne actuelle, ici l'existence de l'être distinct, représentant l'union conjugale, permettait cette solution. C'eût été une complication inutile de voir dans la femme ménagère une représentante du mari, qui n'est lui-même qu'un représentant de l'union conjugale, personne distincte. Il est évident que le système de l'Avant-Projet suisse est très supérieur, moralement, au système allemand. Sans être féministe, on peut dire que c'est le seul qui soit vraiment digne de l'épouse, puisque seul il lui reconnaît un pouvoir direct, indépendant

(1) D'après cette théorie, les époux formaient une personne distincte de leurs personnes, représentant l'union conjugale.

de toute idée de mandat même légal du mari. Mais nous ne pensons pas qu'on puisse adopter cette théorie dans l'état actuel de notre droit matrimonial. Tout d'abord le législateur français de 1814 n'a pas, comme le législateur suisse de 1900, reconnu dans le mariage une société de personnes, appelée « union conjugale » (art. 182), et élevée au rang d'une entité morale, titulaire de droit et d'obligation, et notre régime légal de communauté ne consacre qu'une société de biens, dont le mari est l'unique gérant (art. 1421 du Code civil) : (solution qui d'ailleurs pose dans l'économie de l'association conjugale le principe excellent de l'unité d'administration).

D'autre part, comme nous l'avons remarqué dans notre titre préliminaire, les conséquences logiques de la thèse suisse seraient funestes pour l'épouse, que nous tenons principalement à sauvegarder, tout en l'émancipant. Il serait utile de lui reconnaître un pouvoir domestique, indépendant de la volonté du mari, pour livrer, en vertu de ce pouvoir même, tout son patrimoine personnel aux créanciers du ménage.

§ 2. — Existence.

Quant à la condition nécessaire et suffisante à l'existence de ce pouvoir domestique de l'épouse, elle tient en quelques mots : il faut et il suffit qu'il y ait mariage. Rappelez vous que c'est la réponse que nous avons déjà faite dans la 1^{re} partie. La même solution doit être adop-

tée ici *a fortiori*. Le pouvoir légal de la femme mariée est un pouvoir qui doit découler directement de l'état de mariage et de cet état seulement. C'est parce qu'une femme se marie que la loi lui reconnaît ce droit pour lui permettre de faire face à ses fonctions domestiques, et si nous reconnaissons un jour ce système, c'est entre les chapitres IV et V, au titre I de notre Code civil (livre I), qu'il faudra placer le nouveau texte législatif.

C'est d'ailleurs la solution qui se dégage de la simple lecture des législations allemande et suisse. Pour jouir de cette prérogative, il faut être épouse ; la veuve n'en jouit plus ; la fiancée n'en jouit pas encore.

Pour les mêmes raisons, ce pouvoir de l'épouse doit exister indépendamment du régime adopté par les époux. C'est l'état de mariage lui-même en dehors de toute organisation financière qui le fait naître. Ce droit est accordé à la femme pour lui permettre de remplir librement son rôle de ménagère ; or, elle aura ce rôle à jouer qu'elle soit « commune » ou « séparée de biens ». Le Code allemand, sur qui nous nous appuyons (1), adopte d'ailleurs cette théorie, qui découle du principe posé.

(1) Cf. Motive, t. IV, p. 117.

CHAPITRE II

ÉTENDUE

Nous avons vu qu'avec la notion du « mandat tacite », l'étendue du pouvoir domestique de la femme était diminuée ou augmentée par la volonté du mari. Ici rien de semblable. Puisque c'est la loi qui donne à l'épouse sa prérogative, c'est à elle d'en déterminer l'étendue normale.

Ceci posé, il nous faut examiner comment s'établira cette détermination légale des pouvoirs de l'épouse. Plusieurs procédés ont été proposés. Par ordre de date, nous trouvons ce que M. Binet appelle le procédé du « maximum » (1). C'est le système des statuts municipaux allemands du moyen âge. L'épouse peut passer au nom du mari tous les actes juridiques, mais ou bien elle ne devait pas dépasser un certain taux en argent. (Le taux variait avec l'importance des villes : 3 shillings pour le Madgebudger Recht, 2 pfennings $\frac{1}{2}$ pour le Lübecker Recht, 5 shillings pour le Recht von Elwil, 5 livres pour le Nürnbergerische Berordnung, etc., etc.) Ou bien, elle ne

(1) Binet, p. 483.

devait se procurer que des objets usuels (droit d'acheter des vêtements ou des objets de toilette (Brünner Recht), ou des tissus, du drap, de la toile (Hamburger Stadtrecht).

Nous trouvons ensuite un procédé d' « énumération » que nous appellerons volontiers « du minimum ». C'est le système de l'ordonnance de « Lippe Detmold » de 1786, du « Landrecht de Bamberg » de 1796, et du « Lander-Ordnung de Castel » de 1801. Ici, il n'est plus question de fixer de valeur déterminée aux opérations domestiques de l'épouse, mais en revanche, la liste des actes juridiques légalement permis est dressée. La Landesordnung de Castel est typique à cet égard et semble pleinement justifier l'appellation de procédé du « minimum ». Le paragraphe 78 de cette ordonnance commence ainsi : « La femme ne peut rien *aliéner*, excepté... Elle ne peut rien acheter, excepté... » Nous abandonnerons ces deux procédés dits du « maximum et du minimum ». Le premier système a deux défauts qui apparaissent l'un ou l'autre suivant le statut municipal en question. La femme est arrêtée ou par le taux ou par l'énumération des objets prévus. Le second système échappe à l'un de ces reproches. Le taux n'existe plus. La femme peut à sa guise augmenter la valeur de ses opérations, selon les nécessités de son ménage : mais elle peut en revanche encore moins en modifier la nature, et les auteurs de ce procédé ont si bien compris le défaut des énumérations qu'ils les ont complétées par des formules volontairement vagues. C'est ainsi que l'ordonnance de Lippe Detmold autorise

l'épouse à « contracter en général dans des buts domestiques et économiques ».

Et nous arrivons ainsi au dernier procédé proposé. C'est celui que nous appellerons le procédé de la « définition ». Il consiste à donner au pouvoir domestique de l'épouse une définition brève et large, pouvant s'adapter à la fois à la nature, à la valeur et à la variété des opérations de l'épouse d'après les diverses conditions de classes et de lieux. La difficulté est de trouver une bonne définition.

Nous en rencontrons trois modèles qui, tous trois, donnent au pouvoir de la femme plus ou moins d'étendue. Au bas de l'échelle, c'est la définition de l'avant-projet suisse, dont l'article 186 s'exprime ainsi : « La femme représente l'union conjugale pour les *besoins courants du ménage*. » Chose curieuse ! le droit suisse se rattache par là aux trois grandes codifications allemandes antérieures au Bürgerliches Gesetzbuch. En effet, le Landrecht prussien parle « des affaires habituelles du ménage ». Le Landrecht badois de « tous les actes rentrant dans une conduite ordinaire du ménage », et le Code saxon de « direction du ménage ». C'est également la définition de l'avant-projet hongrois de 1901, qui commence ainsi son paragraphe 98 : « La tenue du *ménage* incombe à la femme ». Dans toutes ces formules, on remarque le mot « ménage ». C'est donc essentiellement à la ménagère que l'on s'adresse, et il semble bien dès lors que dans ces législations le rôle de la femme dans la société conjugale soit assez réduit.

Au milieu de l'échelle, on trouve la définition de Laurent que nous avons mentionnée dans notre titre préliminaire. Dans son avant-projet de revision du Code civil, cet auteur emploie au sujet des pouvoirs propres de la femme l'expression « d'actes d'administration journalière » ; et dans la note 9 de son article 1452, Laurent explique qu'avec la notion du mandat les pouvoirs de la femme « se borneraient en quelque sorte aux fonctions d'une domestique, aux achats que l'on fait pour la consommation de la famille, tandis que dans l'esprit de l'avant-projet, la femme a le droit de faire tous les actes d'administration journalière ». Et notre auteur cite à titre d'exemple : « la faculté pour elle de faire un bail de quelques jours, de quelques semaines. » Il y a évidemment là un progrès sur la formule suisse, mais il est bien peu sensible puisque, d'après Laurent même, la femme ne pourrait pas faire un bail d'une année. Cet acte sera réservé à l'initiative du mari.

C'est avec la formule allemande que nous parvenons au sommet de l'échelle. L'article 1357 du Code allemand en effet, reprenant une expression de la loi d'Oldenbourg du 24 avril 1875, règle l'étendue du pouvoir ménager de l'épouse sur son *cercle d'action domestique*. Il n'est plus question ici de *tenue du ménage* ou d'*actes d'administration journalière* : ce n'est pas à la femme ménagère seulement à qui l'article 1357 fait allusion. Sa portée va plus loin que le train-train journalier de la maison. On parle ici de *cercle* (Rreiss), L'épouse pos-

sède ici un domaine d'activité, où *rayonne* son « action domestique ».

Nous ne tenons pas à la formule même de l'article 1337, mais nous tenons à son idée. Le rôle de l'épouse n'est pas ainsi restreint à un rôle purement matériel : il devient plus relevé et plus moral. La femme peut ainsi en quelque sorte être appelée le « ministre de l'intérieur » de l'association conjugale, et d'un autre côté la mère de famille n'a pas à s'effacer devant la maîtresse de maison.

Mais ce n'est pas tout d'adopter une formule : encore faut-il l'expliquer et l'appliquer. Que devons-nous faire entrer dans « ce cercle d'action domestique » ? La législation allemande de 1896 est à cet égard restée très imprécise. A notre avis, cette imprécision est voulue et bien voulue. Pourquoi tenir au bénéfice d'une formule volontairement très large pour ensuite retomber dans le défaut de l'énumération. Nous reviendrions ainsi au temps de l'ordonnance de Lippe Detmold et de ses pareilles, où il était déterminé que « l'habillement des filles, le soin des domestiques féminins, l'achat des lits et du linge blanc étaient réservés à l'épouse. » Le législateur allemand a considéré avec raison qu'il était impossible d'indiquer pour toutes les circonstances et pour toutes les espèces la portée définitive de l'action domestique de la femme. On peut bien dire en termes vagues que les besoins « nécessaires » de la famille rentrent dans notre *cercle*, par opposition aux besoins « luxueux ou

superflus ». Mais ces besoins nécessaires eux-mêmes que les anglais appellent les « necessities » sont essentiellement relatifs. Ils dépendent d'une foule de conditions parmi lesquelles on peut faire entrer en première ligne la situation sociale pécuniaire des époux, la profession du mari ou le métier de la femme, et en seconde ligne, par exemple, les mœurs, les époques et les usages du pays où l'on se trouve. Il est donc raisonnable d'abandonner toute idée *d'énumération légale* de ce qui est permis ou non à l'épouse et de laisser à la sagesse du juge la faculté de trancher suivant l'espèce (1).

(1) Cf. dans ce sens : Binet, p. 326.

CHAPITRE III

EFFETS

§ 1. — Entre les époux.

Nous avons admis avec le Code allemand que l'épouse dans son rôle de ménagère, mandataire légale du mari ou, si l'on veut, mandataire du ménage, représente le mari administrateur unique de la communauté. Donc toutes les règles du contrat de mandat vont s'appliquer ici comme nous les avons appliquées dans la première partie.

La première conséquence de notre thèse va être que le mari, ayant reçu de la loi l'administration et la jouissance du patrimoine matrimonial, doit fournir à l'épouse les fonds nécessaires à l'accomplissement de sa mission domestique, que la loi lui reconnaîtra désormais. Rien ne sera donc changé par l'adoption de la théorie du mandat légal à l'économie actuelle, l'article 214 pourra parfaitement continuer à s'appliquer avec toutes ses conséquences. C'est ce qui se produit également en Droit allemand où, comme l'explique M. Binet « l'épouse est en droit de se refuser à entreprendre la passation des contrats domestiques tant que le mari ne lui a pas assuré les moyens matériels d'y procéder, et où elle n'est nullement

obligée d'avancer sur sa fortune particulière, même avec l'assurance d'une restitution future, les fonds du ménage » (1).

Nous ferons cependant remarquer que la loi française du 13 juillet 1907 pourrait bien, à ce point de vue, exercer quelque influence, puisque désormais l'épouse possède sur certains biens « réservés » un pouvoir d'administration et même de disposition, qui lui ont été « conférés dans l'intérêt du ménage ». Pourquoi avoir mis les fonds entre les mains de la femme dans « l'intérêt du ménage », si ce n'est pas pour qu'elle puisse en disposer. A elle ensuite à recourir contre son mari si c'est nécessaire. L'amorce de ce recours existe d'ailleurs dans l'article 7 de la nouvelle loi (2).

La deuxième conséquence de notre théorie sera pour l'épouse l'obligation de rendre compte de sa gestion au mari, qui se trouve représenté et donc, comme nous le verrons plus loin, engagé pécuniairement. Quant à déterminer la forme de cette reddition de comptes, il est difficile de préciser comme nous le faisons remarquer dans notre première partie, c'est une question d'ordre intime à régler entre les époux. Elle dépendra, entre autres choses, des usages et des milieux, C'est trop un point de

(1) Binet, p. 209.

(2) Faute par l'un des époux de subvenir... aux charges du mariage. l'autre époux pourra obtenir du juge de paix... l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou du produit du travail de son conjoint une part en proportion de ses besoins. »

mœurs pour être un point de droit. Ce qu'il faut, c'est que le droit du mari ne soit pas outrageant pour la dignité de l'épouse, ni périlleux pour la bonne harmonie du ménage. Nous dirons, comme l'ont proposé les auteurs allemands, que cette reddition de comptes devra se borner à des renseignements généraux et ne pas comporter un compte rendu formel et détaillé (1).

§ 2. — Vis-à-vis des tiers

« La plupart des codifications modernes, disent les motifs du Code civil allemand, décident qu'en vertu des actes juridiques passés par la femme mariée sur le fondement de son pouvoir des clefs, ce n'est pas elle, mais seulement le mari qui est obligé. Ces dispositions signifient simplement... qu'on doit admettre que les actes en question ne sont pas passés par la femme en son propre nom, mais au nom du mari (2) », ce qui se traduit dans le § 1337 du Code allemand par cette phrase : « les actes juridiques que la femme passe dans son cercle d'action domestique sont réputés avoir été faits au nom du mari ». Nous trouvons la même solution dans le § 98 de l'avant-projet du Code civil hongrois : « il faut admettre en principe que la femme s'est chargée de ces affaires (celles du ménage) au nom du mari. »

(1) Binet, p. 212. Cf. en ce sens : Rosenfeld, p. 48 ; Ostern, p. 45 ; Richter, p. 47.

(2) Motive, t. IV, p. 119.

Nous n'aurions donc qu'à résumer ce que nous avons exposé dans notre première partie au sujet de l'effet du mandat tacite vis-à-vis des tiers, si le premier alinéa du § 1357 du Code allemand dont nous venons de citer le commencement ne se terminait par ces mots : « A moins que le contraire ne résulte des circonstances. » C'est la même idée que l'on trouve différemment exprimée dans l'avant-projet hongrois au § 98. « Celle-ci (la femme) a pleins pouvoirs dans toutes les affaires concernant le train de maison à agir pour l'homme ou en son nom. En cas de doute, il faut admettre... » Autrement dit, ces deux législations ont fait de la représentation du mari par la femme ménagère l'effet normal de son pouvoir domestique vis-à-vis des tiers. Mais c'est un avantage qui lui est offert, ce n'est pas une conséquence impérativement imposée. On permet donc à l'épouse de s'obliger elle-même pour les besoins du ménage. Il est clair que cette solution est profitable aux tiers, d'autre part elle dégage le mari, donne plus de crédit à la société conjugale qu'il représente et autorise la femme à faire usage de son patrimoine réservé (sens allemand) qui peut être beaucoup plus important que la fortune de son mari.

Imiterons-nous les législations allemande et hongroise? L'incapacité personnelle de la femme mariée française nous interdit de répondre par l'affirmative, et nous nous en félicitons ; nous avons donné nos raisons (qui sont d'ailleurs celles de M. Saleilles), au titre préliminaire de notre seconde partie.

Mais encore ici la loi du 13 juillet 1907 doit intervenir à notre avis et nous trouvons dans l'article 3 de cette loi le principe de l'engagement de l'épouse ménagère, non pas, il est vrai, sur ses biens réservés (sens allemand), c'est-à-dire sur tout son patrimoine personnel, mais sur ses biens réservés (sens français de la loi de 1907), c'est-à-dire sur le produit de son salaire et les économies en provenant, réservés dans l'intérêt du ménage. Si, au lieu d'être général comme dans le Code allemand, l'engagement de l'épouse française se restreint aux biens réservés (sens français), il aura le grand avantage de ne pas dépendre des circonstances et d'être impératif et nous nous éloignons ainsi, autant qu'il est possible, de la solution du législateur suisse qui, tout en posant le principe que la femme représente aux côtés du mari l'union conjugale, ne lui donne le droit d'*engager* ni les biens matrimoniaux dont elle dispose ni ses biens réservés (sens allemand) (1).

(1) Binet, p. 266.

CHAPITRE IV

INEXISTENCE ET EXTINCTION

§ 1^{er}. — Inexistence.

Il est évident, comme nous l'avons vu (chapitre II), que le pouvoir domestique de la femme mariée doit avoir des limites et ce pouvoir ne produira son effet vis-à-vis des tiers que dans les limites que nous avons tracées dans notre chapitre III. Mais il faut bien reconnaître que la formule que nous avons admise est vague et, comme nous l'avons vu, c'est intentionnellement. Le « cercle d'action domestique » de l'épouse peut varier non seulement suivant les usages, mais aussi d'après la situation sociale et pécuniaire du ménage, l'étendue de ses besoins et de ses charges. Nous admettons donc la solution reçue par la majorité des auteurs allemands (1), quoique le Code soit muet sur cette question et surtout celle de l'avant-projet suisse (art. 186, 3^e alinéa). Nous rejoignons ainsi — mais juridiquement, cette fois, — puisque le mandat de la femme mariée, loin d'être conventionnel est légal,

(1) Cf. *La Doctrine Allemande*, citée par Binet, p. 207.

la jurisprudence du tribunal de la Seine du 3 décembre 1895 et du 15 avril 1897. En conséquence, les fournisseurs du ménage conserveront leur action contre le mari, alors même que la femme a dans ses contrats dépassé les limites réelles de son pouvoir domestique, si l'importance de ses actes correspondait en apparence aux besoins du ménage, ou de sorte que les fournisseurs étaient dans l'impossibilité de connaître jusqu'où allait la responsabilité pécuniaire du mari.

En dehors de ces conditions, c'est-à-dire si les limites larges que nous venons d'assigner au mandat légal de l'épouse ont été dépassées, ou si le contrat n'a pas été exécuté, il faut que le mari, comme la femme, puisse demander la nullité de l'engagement même en tant qu'il pourrait s'exécuter sur les biens de la femme. Mais, comme le fait remarquer M. Saleilles dans sa lettre du 13 décembre 1907, ce danger n'existe que pour les dépenses tout à fait somptuaires et alors il y a grand inconvénient pour les dépenses de ce genre à ce que la femme n'ait pas un crédit illimité et à ce que les fournisseurs, lorsqu'ils *peuvent* soupçonner qu'elle dépasse la mesure, soient intéressés à exiger le consentement du mari ?

D'ailleurs, il faudra réserver aux créanciers (comme c'est déjà la pratique dans la théorie actuelle du mandat tacite) l'action de *in rem verso*, exercée dans la mesure du profit juridiquement retiré par les contrats passés par la femme (1).

(1) Pettré, p. 116.

§ 2. — Extinction.

a) *Séparation de fait.*

A première vue, il semble qu'il ne puisse y avoir qu'une seule cause d'extinction du mandat légal de la femme mariée ; c'est la cessation de l'état de mariage, et cela pour deux raisons : c'est qu'en première ligne l'état de mariage à lui seul crée cette prérogative, que par conséquent il n'y a plus ici à se demander si la cessation de la vie commune entre époux doit avoir quelque influence ; en second lieu, cette prérogative est conférée à l'épouse par la loi, la volonté du mari ne devrait pas avoir à intervenir, soit pour l'anéantir, soit même pour en restreindre la portée.

La solution n'est pas aussi simple qu'elle le paraît, et tout d'abord la question de savoir si le mandat légal de l'épouse s'accommode d'une séparation d'existences se pose ici pour nous comme elle s'est posée aux interprètes du Code allemand. Certains (1) parmi ceux-ci vont très loin et décident sans distinguer parmi les cas, que le fait même de séparation entraîne obligatoirement la chute du mandat légal. Mais la majorité des auteurs s'arrête à une distinction et admet que la séparation des époux peut produire un état de choses tel que le rôle domestique de la femme

(1) Cf. entre autres : *Zernburg-Lehrbuch des preussischen privatrechts*, t. III, 4^e édit., p. 77.

n'ait plus à s'exercer et que son mandat tombe faute d'application ; et ici cette majorité se divise : une partie des auteurs prend comme *critérium* la notion du « Gemeinsschaftliches Hanswesen » (ménage commun), d'autres celle du « Häusliches Wiskungskreiss » (cercle d'action domestique). Mais, que l'on se range d'un côté ou de l'autre, nous constatons que les résultats pratiques sont les mêmes. Le mandat légal subsistera en cas de simple absence du mari, que cette absence soit volontaire ou forcée. Nous serions d'avis de l'étendre alors. Et de même ne devra-t-il pas disparaître dans l'hypothèse où le mari abandonne sa femme ? Au contraire, devra-t-on refuser à l'épouse sa prérogative dans l'hypothèse où elle abandonne son mari (1) ?

b) *Droit de révocation totale ou partielle du mari.*

1° *Conditions.* — Il ne faut pas oublier que dans notre système, contrairement au système de l'avant projet suisse, la femme ne possède pas un pouvoir direct de l'union conjugale. Conformément aux principes actuels de notre Code civil, c'est toujours le mari qui est le représentant et le chef unique de l'association conjugale, et c'est toujours lui qui est pécuniairement responsable des dettes ménagères de sa femme. Il faut bien reconnaître, quelque estime que l'on professe pour les femmes, qu'il

(1) Cf. Binet, p. 178.

y a des femmes dépensières, rebelles à l'économie. Il est donc parfaitement raisonnable, en logique et en droit, de reconnaître au mari la faculté d'empêcher sa ruine. La difficulté commence lorsqu'on veut organiser ce droit de révocation totale ou partielle du mari. Le Code allemand ne fait aucune distinction entre le droit pour le mari de restreindre ou de supprimer le mandat légal de l'épouse. La solution se trouve au deuxième alinéa de l'article 1357. « Le mari peut restreindre ou exclure le droit de la femme. Si la restriction ou l'exclusion constitue un abus du droit du mari, elle peut être levée sur la demande de la femme par le tribunal des tutelles. » Donc, tant que l'épouse n'est pas intervenue, la mesure du mari se passe de justification, et comme le fait remarquer M. Binet, aucune condition, soit de fond, soit de forme, n'est requise pour l'exercice du droit du mari.

L'avant-projet suisse distingue au contraire le cas où le mari ne fait que limiter le pouvoir domestique de la femme de celui où il veut le supprimer tout à fait. Suivant la solution allemande dans le premier cas, le législateur suisse dans le deuxième, s'est souvenu de l'origine légale de la prérogative de la femme et il a considéré que seule l'autorité sociale qui l'avait conférée par l'organe de la loi, avait le droit de la lui retirer par l'organe de la justice.

C'est d'ailleurs le système que M. Laurent a proposé dans son avant-projet. Voyez l'article 1452, note 10 : « La femme peut faire des dépenses immodérées qui tom-

bent à la charge de la communauté. » — « Si la femme abuse du pouvoir d'obliger la communauté par les actes d'administration journalière en contractant des dettes excessives, le mari en pourra demander la nullité. Le tribunal peut dans ce cas déclarer la femme déchue de son pouvoir (art. 1460).

Nous n'hésiterons pas à abandonner ici le système allemand pour suivre celui de l'avant-projet suisse, et ceci pour l'unique raison que le mari ne doit pas pouvoir, sans avoir à justifier d'aucun motif sérieux, limiter ni surtout supprimer par une simple déclaration personnelle un droit attaché à la qualité d'épouse.

On peut ajouter que le Code allemand sacrifie par son système l'intérêt et la dignité de l'épouse. Et qu'on ne vienne pas dire qu'un procès, intervenant entre époux, risque de compromettre la paix du ménage, déjà compromise. D'ailleurs, la décision judiciaire qui enlèvera à l'épouse son mandat légal ne fera qu'organiser « une espèce de séparation. » La loi permet à la femme de la demander contre un mari dissipateur. Elle doit permettre ainsi au mari de mettre fin aux dissipations de sa femme.

Reste la question de savoir quelle sera la juridiction compétente pour trancher de ces difficultés matrimoniales. Il est regrettable que nous ne possédions pas en France une justice familiale, analogue à celle qui existe en Allemagne sous le nom de « tribunal de tutelle ». C'est devant ces juges que sont portées toutes les questions de

famille, il est évident que l'existence de cette juridiction spéciale rend moins pénibles les questions de ce genre et moins aigus les conflits domestiques lorsqu'ils se dénouent en justice, et nous nous associons pleinement au vœu que nous exprimait M. Saleilles : « Au moins pourrait-on concevoir que les difficultés de ce genre fussent confiées à un juge désigné spécialement pour les résoudre et qui se ferait ainsi de la justice familiale une conception toute de tact et d'équité. » Mais, en attendant, nous n'avons de choix qu'entre deux juridictions : tribunal d'arrondissement ou justice de paix. Avant la nouvelle loi du 13 juillet 1907, on pouvait hésiter, on pouvait s'autoriser de l'exemple du législateur belge qui donnait compétence au juge de paix pour les procès touchant les contrats de travail de la femme mariée. C'est le choix de MM. Morizot et Thibault dans leurs projets de lois sur « la libre disposition par l'épouse de ses gains personnels ». Le juge de paix, juge de conciliation par excellence, semblait parfaitement choisi. Mais il me semble que l'article 2 de la loi du 13 juillet 1907 doit guider notre préférence. Cette disposition législative est ainsi conçue : « En cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés, dans l'intérêt du ménage..... notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion, le mari pourra en faire prononcer le retrait, soit en tout, soit en partie, par le tribunal civil du domicile des époux, statuant en chambre du conseil, en présence de la femme où elle dûment appelée, le ministère public en-

tendu. En cas d'urgence, le président de ce tribunal peut, par ordonnance de référé, lui donner l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers. » C'est également le choix de juridiction proposé par M. Binet et par la Société des Etudes législatives dans son projet sur « la libre disposition de son salaire par la femme mariée. » Nous citerons par curiosité le texte de son article 2 pour le mettre en parallèle avec l'article 2 de la loi de 1907 : « Au cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'intérêt du ménage..... le mari peut en faire prononcer le retrait total ou partiel par le Tribunal civil statuant en Chambre du Conseil, le ministère public entendu. S'il y a urgence, le Président, par simple ordonnance, peut autoriser le mari à faire opposition aux actes projetés par la femme. » Nous sommes d'autant plus inclinés à accepter cette compétence que, comme le fait remarquer M. Binet, le tribunal d'arrondissement « est en quelque sorte dans notre législation le juge de droit commun des conflits conjugaux ». A défaut du mari, il relève la femme de son incapacité (art. 219, Code civil), et il contrôle de plus en plus l'exercice de la puissance maritale.

c) *Effet*

L'effet de la décision de justice au sujet du mandat légal de la femme mariée est bien simple. Suivant que le tribunal donne raison ou tort au mari, soit

totale, soit en partie, les tiers verront leur recours contre lui, soit supprimé, soit restreint. Il est vrai que d'une part ils pourront avoir l'action de *in rem verso* contre celui des époux qui sera susceptible d'avoir juridiquement profité de ce qui aura été la cause de la dette ; or, nous avons vu dans notre première partie que les conditions nécessaires à cette action rendent son exercice très difficile. D'autre part, comme nous venons de le voir, les créanciers du ménage depuis la loi de juillet 1907 ont pour gage les biens réservés (sens français) de l'épouse, mais remarquez d'abord que ces biens sont restreints aux salaires de la femme et aux économies qui peuvent en provenir. Il y a en France beaucoup de femmes qui ne travaillent pas, et parmi celles qui travaillent, il y en a peu qui gagnent assez pour placer leurs économies. En second lieu, ce ne sont que les créanciers du ménage, au sens étroit du mot, qui bénéficieront de ce droit de poursuite, à moins d'élargir la loi de 1907 jusqu'aux limites du cercle d'action domestique que nous avons adoptées pour l'exercice du mandat légal de la femme.

Il faut donc bien se dire qu'après le jugement retirant à l'épouse son pouvoir domestique par exemple, les tiers sont en mauvaise situation pour recouvrer leur dû. Nous devons par suite décider avec le Code allemand, les avant-projets suisse et hongrois, et par analogie avec la jurisprudence reproduite au cours de notre première partie, que les tiers conserveront leur recours contre le

mari même après la décision de justice si, de bonne foi, ils n'ont pas été susceptibles d'avoir eu la connaissance du jugement. A ce propos, une dernière question délicate se pose, que nous avons déjà rencontrée dans notre première partie. Par quelle voie devra-t-on porter à la connaissance des tiers le jugement ou l'arrêt limitant, supprimant ou rétablissant le mandat légal de l'épouse ? Nous mettons de suite de côté le système de notifications individuelles qui, impraticable dans la théorie du mandat tacite, devient de plus contraire à toutes les habitudes dans notre thèse. Lorsque le mandat domestique de la femme est reconnu dépendre du mari, on comprend à la rigueur que ce dernier notifie individuellement aux tiers créanciers sa résolution, mais la physionomie de la question change tout à fait, lorsqu'il s'agit comme pour nous d'un mandat dépendant de la loi et retiré par elle. Où a-t-on vu une décision de justice notifiée à chaque intéressé ? Il y a bien les systèmes allemand et suisse qui consistent à transcrire le jugement sur ce qu'on nomme le « registre du régime des biens ». Mais jusqu'à présent ce « registre » est inconnu chez nous. Il nous reste donc le système des notifications générales par la voie de la presse complété par des affichages dans les chambres d'avoués et de notaires et dans les auditoires de tribunaux (1), à moins encore que l'on adopte la mention du jugement, en marge de l'acte de mariage (2).

(1) Cf. Art. 686, 687, 688, du Code de Procéd. civ.

(2) Cf. Loi du 18 avril 1886. (Art. 251. C. civ.)

Cette question est d'ailleurs dans notre thèse une question secondaire. Ce sera aux législateurs lorsque le moment sera venu, d'étudier quel est le système capable d'offrir pour les tiers et pour tout intéressé la meilleure publicité.

CONCLUSION

Après avoir dans notre préface remarqué que dans le mariage la femme est une associée au même titre que l'homme, et que par ses qualités naturelles elle est tout indiquée pour la direction intérieure de la maison, au sens large du mot ; dans le titre préliminaire de notre première partie nous avons passé en revue les différentes théories proposées pour établir en droit cette situation de fait. De prime abord, nous avons éliminé la thèse qui consisterait à considérer la femme dans la sphère de ses occupations domestiques comme dispensée de l'autorisation du mari. Nous avons également, devant les décisions très nettes de la Cour de cassation (juillet 1871 et janvier 1881), repoussé le système d'après lequel l'épouse dans toutes les circonstances de sa vie ménagère serait regardée comme tacitement autorisée de son mari.

Nous avons alors, au cours de notre première partie, examiné la théorie généralement admise par la doctrine et étendue dans ses applications par la jurisprudence, consistant à considérer la femme comme *mandataire*

tacite de son mari. Nous avons vu particulièrement les conditions d'existence, la portée et les effets de ce mandat, ainsi que les causes et les effets de son extinction. Nous avons conclu par la critique de cette théorie, essayant en effet d'établir qu'elle devait, malgré la faveur dont elle jouit, être abandonnée pour des raisons aussi juridiques que sociales.

Pour remplacer la thèse du « mandat tacite » donné à la femme mariée pour les besoins du ménage, nous avons dû recourir, à la suite de certains auteurs français, aux différents systèmes étrangers qui établissent le pouvoir domestique de l'épouse en dehors de toute concession volontaire du mari, les uns, comme le Code allemand par exemple, conservant l'idée de mandat, les autres, comme l'Avant-Projet suisse, l'abandonnant au contraire et élevant l'épouse au titre de représentant de l'union conjugale, considérée comme personne juridique distincte de la personne des époux.

Devant l'organisation économique actuelle du mariage en Droit français, nous avons laissé de côté les théories à notre avis trop réformatrices, et nous nous sommes arrêtés, sans crainte d'être taxés de féminisme, à celle qui présente, pour la femme mariée, le plus d'avantages, puisque nous lui donnons un pouvoir domestique légal qu'elle ne possède pas jusqu'à présent chez nous et qui, gardant la forme primitive du mandat, n'augmente pas sa responsabilité pécuniaire, sauf la répercussion fatale en notre matière de la nouvelle loi de juillet 1907.

Ce résultat produit une anomalie que nous n'essayons pas de dissimuler. Il est évident que la thèse de M. Binet, soutenant l'engagement personnel de la femme ménagère est d'une logique certaine. La critique qu'il adresse à l'Avant-Projet suisse est parfaitement juste. Nous serions tout disposés à le suivre le jour où les protections instituées par notre Code au profit de la femme mariée auront été rayées de nos lois comme elles l'ont été des lois allemandes et suisses.

A vrai dire, nous ne souhaitons pas ce coup d'état juridique. Ce n'est pas seulement la femme, comme le laisse parfaitement entendre M. Saleilles, que le Code civil français protège, c'est la famille tout entière. Supprimer l'incapacité de la femme mariée, et la dispenser de l'autorisation maritale, c'est mettre en péril constant son patrimoine qui doit être en quelque sorte le fonds de réserve et de secours du patrimoine familial.

Vu : Le Doyen,
Ch LYON-CAEN.

Vu : Le Président de la Thèse,
R. PIÉDELIEVRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PREFACE.....	1
TITRE PRÉLIMINAIRE. — <i>Examen de différentes théories...</i>	7

PREMIÈRE PARTIE

Théorie du mandat tacite.

CHAPITRE PREMIER. — <i>Nature et fondement</i>	17
CHAPITRE II. — <i>Existence</i>	24
Titre I. — L'organisation économique du mariage ne va-t-elle pas être modifiée par le choix du régime matrimonial par les époux	25
a) Régime de communauté et régime sans communauté.	25
b) Régime total	27
c) Régime de Séparation de biens.....	32
Titre II. — Va-t-il falloir ménage de <i>droit</i> , ou suffira-t-il d'un ménage de <i>fait</i> ?.....	38
CHAPITRE III. — <i>Objet, étendue et mode d'exercice</i>	42
Titre I. — <i>Objet</i>	46
a) Besoins du ménage en général.....	47
b) Besoins de la femme.....	48
c) Besoins des enfants.....	49

Titre II. — Etendue.....	50
Titre III. — Mode d'exercice.....	57
CHAPITRE IV. — <i>Effets</i>	62
Titre I. — Effets du mandat entre les époux.....	62
Titre II. — Effets du mandat vis-à-vis des tiers-fournisseurs.	68
§ I. — Recours contre le mari.....	68
§ II. — Recours contre la femme.....	69
CHAPITRE V. — <i>Extinction</i>	74
Titre I. — Ses causes.....	74
§ 1. — Cessation de la vie conjugale.....	75
§ 2. — Cessation de la vie commune.....	75
§ 3. — Révocation ou indemnité de la part du mari.....	83
Titre II. — Ses effets.....	87
§ 1. — Cessation de la vie commune.....	87
a) Recours contre le mari.....	88
b) Recours contre la femme.....	92
§ 2. — Révocation ou démenti.....	94
a) Recours contre le mari.....	94
b) Recours contre la femme.....	96
CHAPITRE VI. — <i>Origine de la théorie du mandat tacite appliquée à la femme ménagère</i>	98
CONCLUSION CRITIQUE.....	115

DEUXIÈME PARTIE

Théorie du pouvoir domestique de la femme.

TITRE PRÉLIMINAIRE. — <i>Exposé des différents systèmes</i> ...	119
CHAPITRE PREMIER. — <i>Fondement et existence</i>	125
§ 1. — Fondement.....	125
§ 2. — Existence.....	127

CHAPITRE II. — <i>Étendue. Procédés du « maximum », du « minimum », et de la « définition »</i>	129
CHAPITRE III. — <i>Effets</i>	135
§ 1. — Entre les époux.....	135
§ 2. — Vis-à-vis des tiers-fournisseurs.....	137
CHAPITRE IV. — Inexistence et Extinction.....	140
§ 1. — Inexistence.....	140
§ 2. — Extinction.....	142
a) Séparation de fait.....	142
b) Droit de Révocation totale ou partielle du mari.....	143
c) Effet.....	147
CONCLUSION	151

